



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

상속재산을 둘러싼

이해관계의 조정

- 상속재산파산제도를 중심으로 -

2019년 8월

서울대학교 대학원

법학과 민법전공

윤 성 목

상속재산을 둘러싼

이해관계의 조정

- 상속재산파산제도를 중심으로 -

지도교수 최 준 규

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함

2019년 4월

서울대학교 대학원

법학과 민법전공

윤 성 목

윤성목의 석사 학위논문을 인준함

2019년 6월

위 원 장 _____ (인)

부위원장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

국문초록

필자는 본 논문을 통하여 현재 상속재산을 둘러싼 이해관계를 조정하는 과정에서 현 제도가 상속채권자의 보호에 불충분함을 지적하고, 입법론으로 한정승인제도와 재산분리제도를 폐지하고 상속재산파산제도로 일원화하여 이를 중심으로 상속재산을 청산할 것을 제안하였다.

이를 위한 구체적인 방안은 다음과 같다.

- ① 동시폐지의 활성화와 국고가지급제도, 소송구조제도의 활용을 통하여 간이한 청산절차 수요를 흡수한다.
- ② 상속재산파산제도가 널리 이용될 수 있도록 그 신청원인을 완화하고 신청기간을 확대하며 상속인의 신청의무를 강제한다.
- ③ 독일의 상속재산관리제도와 유사한 상속재산청산절차를 도입한다. 이를 통하여 상속재산파산의 요건에 해당하지 아니함에도 공정한 상속재산의 분배가 요구되는 사안에서 상속채권자가 상속재산으로부터 상속인의 채권자에 대하여 우선적 지위를 인정받는 완결된 제도를 구현할 필요가 있다.
- ④ 현재 상속재산파산제도와 관련하여 (i) 흩어져 있는 관련조항을 묶고, (ii) 신설된 법 제389조 제③항을 반영하여 법 제435, 445, 436조를 정비하며, (iii) 파산신청 후 선고 전 상속시 속행을 규정하고 있는 법 제309조를 현실에 맞게 수정하고 (iv) 상속재산의 일탈을 막기 위한 보전처분제도와 부인권을 보완해야 한다.

주요어 : 상속재산파산, 상속재산청산, 한정승인, 재산분리, 상속채권자, 상속인의 채권자

학 번 : 2016-22710

목 차

제 1 장 서론	1
제 2 장 입법례	2
제 1 절 프랑스	2
제 2 절 독일	6
제 3 절 우리에게 주는 시사점	9
제 3 장 상속재산파산제도 개관	12
제 1 절 서론	12
제 2 절 요건	14
1. 신청권자	14
2. 신청원인	15
3. 신청기간	18
4. 관할	20
제 3 절 효과	21
제 4 절 상속재산의 관리 및 청산	24
제 5 절 상속재산파산의 특유한 제도들	26
1. 파산재단의 보호	26
2. 파산신청 또는 선고 후의 상속과 파산절차의 속행	30
3. 상속재산파산과 상속인의 파산	31
제 4 장 입법론 : 상속재산파산을 중심으로 한 청산절차의 일원화	42
제 1 절 서론	42

제 2 절 간이한 청산절차 수요의 흡수방안	45
1. 동시폐지의 활성화	45
2. 국고가지급제도와 소송구조제도의 활용가능성	47
3. 관련문제-상속인의 부존재시 국가귀속절차의 정비	48
제 3 절 상속재산파산제도의 활용확대	49
1. 신청원인의 완화	49
2. 신청기간의 확대	49
3. 상속인의 신청의무 강제방안 마련 필요	50
제 4 절 상속재산청산절차의 도입	51
제 5 절 상속재산파산제도의 정비	53
1. 흩어져 있는 상속재산파산 관련 조항의 정비	53
2. 한정승인간주조항의 신설에 따른 규정의 정비	53
3. 파산신청 후 선고 전 상속시 속행규정의 정비	54
4. 상속재산의 일탈을 막기 위한 보전처분과 부인권의 정비	54
	54
제 5 장 결론	55
참고문헌	57
Abstract	63

표 목 차

[한정승인 재산분리와 상속재산파산의 비교표]	59
--------------------------------	----

제 1 장 서론

대법원 2010. 3. 18. 선고 2007다77781 전원합의체 판결(이하 ‘대상판결’)은 우리에게 현재의 한정승인제도가 상속재산을 둘러싼 이해관계의 조정 과정에서 상속채권자의 보호에 취약하고 보완이 필요하다는 점을 상기시켜 주었다.

이와 관련하여 대상판결의 보충의견은 상속채권자 보호를 위한 대안으로 상속재산파산제도를 언급한바 있는데 이 제도는 한정승인제도의 단점¹⁾을 보완할 수 있는 제도이나 안타깝게도 1962. 1. 20. 구 파산법 제정 당시 도입된 이래 반 세기가 지나도록 거의 활용되지 못하였다²⁾.

이에 이하에서는 먼저 우리의 상속재산 청산제도에 영향을 미친 프랑스와 독일법에서 상속채권자의 보호가 어떻게 이루어지고 있는지 살펴보고

1) 伊藤 眞 外 5, 条解破産法(第2版), 弘文堂, 2016, 1472는 한정승인과 재산분리가 상속재산을 관리하고 상속채무를 변제하는 작업을 결국 상속인에게 맡기고 있으므로 ‘파산관재인’이라는 공평하고 중립적인 제3자가 채권조사과정을 거쳐 부인권이나 상계제한 제도 등을 통해 실체와 괴리되는 변제나 편파적 변제를 방지하고 상속재산의 부당한 감소를 강제적으로 시정하는 등의 객관적 활동을 기대하기 힘들다는 단점이 있다고 한다. 윤진수, 친족상속법강의, 박영사, 2016, 440도 참조.

2) 이러한 상황은 우리처럼 한정승인과 상속재산파산제도를 함께 가지고 있는 일본에서도 비슷하게 나타나고 있는데, 그 이유로 지적되는 것들로는 (i) 상속재산파산제도에 대한 일반적인 부지, (ii) 한정승인과 달리 파산절차에 과도한 시간과 비용이 드는 점, (iii) 상속재산에 관한 사건이 통상 자산이나 부채의 규모가 작고 복잡한 권리관계도 존재하지 않아 파산관재인에 의한 처리가 필요하지 않은 점, (iv) 채무초과라는 파산원인을 채권자가 입증하기가 쉽지 않은 점, (v) 상속재산이 채무초과인 경우 한정승인이나 상속포기에 의해서도 상속인의 이익은 충분히 보호되는 점, (vi) 상속인이나 상속재산관리인들에 의한 청산에도 부당변제에 대한 손해배상책임 추구를 통하여 어느 정도의 성실성과 형평성을 기대할 수 있는 점 등이 지적되고 있다. 이에 대한 자세한 내용은 我妻 学, 債務者の死亡と倒産処理手続, 東京都立大学法学会雑誌, 42卷1号(2001. 7.), 61 참조. 한편 山本和彦, 相続財産破産に関する立法論的検討, 法学雑誌, 45卷3·4号(1999), 156-157은 상속재산파산제도가 이용되지 않고 있는 가장 큰 이유는 상속재산의 규모에 비하여 파산절차가 지나치게 복잡한데 있으며 이 때문에 상속재산파산제도의 이용촉진을 위해 절차의 간소화가 필수적이라고 지적한다.

(Ⅱ), 현재의 상속재산과산제도를 개관하며 이 제도가 상속재산청산제도로서 한정승인과 재산분리에 대하여 가진 강점과 보완해야 할 부분을 찾아본다(Ⅲ). 마지막으로 상속재산과산제도의 활성화와 이를 중심으로 한 상속재산청산절차의 일원화 방안에 대하여 입법론(Ⅳ)을 제시해 보고자 한다.

제 2 장 입법례

제 1 절 프랑스

우리의 상속의 승인·포기제도는 일제 강점기를 거치며 일본의 상속의 승인·포기제도로부터 큰 영향을 받았는데 일본의 상속의 승인·포기제도는 서구, 특히 프랑스민법을 모델로 하여 만들어졌기 때문에 결과적으로 프랑스민법은 우리 민법상 상속의 승인·포기에 관한 규정의 제정에 큰 영향을 미쳤다고 할 수 있다³⁾.

프랑스민법은 피상속인이 사망한 경우 상속인에게 단순승인, 한정승인, 포기 중 하나를 선택할 수 있는 선택권을 부여하는데(프랑스민법 제768조 제1항), 구체적으로 상속개시 후 상속인에게 상속의 승인 또는 포기 여부를 결정하도록 4개월의 유예기간을 부여한다. 위 기간 상속인은 선택권의 행사를 강요받지 아니한다(프랑스민법 제771조 제1항). 한편 4개월의 유예기간 내에 상속인이 선택권을 행사하지 아니한 경우 상속채권자, 공동상속인, 후순위 상속인 또는 국가는 상속인에게 선택권 행사 여

3) 송효진, “상속의 승인과 포기에 관한 연구”, 이대 법학연구소 법학논집 14권 1호(2009), 315

부에 대한 최고를 할 수 있고(프랑스민법 제771조 제②항) 통상 그 기간은 2개월이며 상속인은 그 기간의 연장을 청구할 수 있다(동법 제772조 제①항). 그리고 위 기간 내에 상속인이 선택권을 행사하지 아니한 경우 또한 단순승인을 한 것으로 간주된다(프랑스민법 제772조 제②항). 위 4개월의 유예기간이 경과한 후 이해관계인이 상속인에게 선택권 행사에 대한 최고를 하지 아니하고 상속인 또한 선택권을 행사하지 아니하였으며 달리 상속인에게 단순승인이 간주될 만한 사유도 있지 아니한 경우, 상속인은 상속이 개시된 때부터 10년⁴⁾ 내에는 상속의 승인 또는 포기를 할 수 있고(프랑스민법 제780조 제①항), 이 기간 동안 선택권을 행사하지 않는 상속인은 상속을 포기한 것으로 간주된다(동법 제780조 제②항).

한정승인신고는 상속개시지 관할 대심법원 서기과나 공증인에게 해야 하고(프랑스민법 제787조, 제788조 제①항), 상속인이 한정승인신고시 상속재산목록을 제출하지 않은 경우 추후 별도로 이를 제출하여야 하며(프랑스민법 제789조 제①항) 이를 위하여 2개월의 유예기간이 부여된다(프랑스민법 제790조 제①항). 상속재산목록은 감정인이나 공증인 등에 의하여 작성되어야 한다(동법 제789조 제②항) 위 기간이 경과하도록 법원에 재산목록이 제출되지 아니한 경우 상속인은 단순승인을 한 것으로 간주된다(프랑스민법 제790조 제④항).

한정승인으로 인하여 상속재산과 상속인의 고유재산은 분리되고, 상속인이 피상속인에 대하여 가지고 있던 권리는 혼동으로 소멸하지 아니하며, 상속인은 상속재산을 한도로 한 유한책임을 부담한다(프랑스민법 제791조).

4) 김미경, “프랑스민법상 상속의 승인과 포기”, 민사법학(59), 한국민사법학회(2012. 6.), 518-521에 따르면, 2006년 법개정 이전에는 그 시효가 30년이었고, 상속인의 선택권을 강제할 수 있는 방안 또한 없어 상속절차의 지연문제가 고질적인 병폐로 비판의 대상이 되었다고 한다. 이에 2006년 개정을 통하여 선택권의 시효를 10년으로 단축하였고 이해관계인에게 상속인의 선택권 행사에 대한 최고권을 인정한 후 일정한 기간 내에 선택권을 행사하지 않은 경우 상속을 단순승인한 것으로 간주함으로써 상속절차의 지연이라는 문제를 해결하였다고 한다.

한편 한정승인이 상속채권자를 위한 효과도 수반한다는 점에 대하여 프랑스의 판례는 19세기 초반부터 이를 긍정하고 있었다⁵⁾. 이에 따르면 한정승인은 재산분리와 마찬가지로 상속재산과 고유재산을 분리하는 효과를 가지고, 한정승인에 의한 상속채권자의 우선적 지위는 법률상 당연히 발생하는 것으로 특별한 공시가 없어도 유효하게 성립·존속하나, 다만 공시되지 않는 한 추급권이 없어 상속인이 목적물을 처분하는 경우 소멸하였다고 한다.

2006년 개정 민법은 나아가 이러한 상속채권자의 지위를 강화하기 위하여 한정승인에 대한 공시제도를 도입하였다⁶⁾. 그에 따르면 한정승인의 의사표시와 재산목록은 등록되어 공시되며(프랑스민법 제788조 제②항, 제790조 제③항) 상속채권자는 이를 열람하여 사본을 취득할 수 있고 새로 공시되는 사항에 대하여 통지하여 줄 것을 요구할 수도 있다(동법 제790조 제⑤항). 한정승인이 공시되면 그로부터 15개월 동안 상속재산에 대한 강제집행은 정지되거나 금지되며 새로운 담보권의 등기도 허용되지 아니한다. 채권자는 위 기간 내에 채권을 신고해야 하고(프랑스민법 제792조 제①항) 신고가 없을 경우 무담보채권자의 채권은 상속재산에 대한 관계에서 소멸하게 된다(동법 제792조 제②항).

한정승인자는 위 기간 내에 상속재산에 속하는 물건은 원물로 보존할 것임을 표시할 수 있고 이 경우 그 물건의 가치만큼의 가액을 부담하며(프

5) 자세한 내용은 김형석, “한정승인의 효과로서 발생하는 재산분리의 의미”, 가족법연구 제22권 제3호, 505-507 다만 이에 의하면, 이처럼 상속인의 채권자에 대한 상속채권자의 우선적 지위를 인정하는 의의가 실재에 있어 현저하게 나타나는 것은 아니라고 한다. 왜냐하면 상속채권자들은 일반적으로 청산절차를 정하는 법률규정에 따라 한정승인자가 물건을 보존하거나 매각함으로써 조성한 재산으로부터 만족을 얻게 되기 때문이다. 다만 한정승인자가 보존이나 매각을 선택하지 아니한 재산이 있는 경우나 한정승인이 실효되는 것과 같은 예외적인 경우 비로소 상속채권자의 우선적 지위가 의미를 가질 수 있다고 한다.; 김미경, “한정승인에 있어 한정승인자의 상속재산 처분과 상속채권자 보호”, 법학연구, 제27권 제1호(2016. 6.), 200, 203-204

6) 자세한 내용은 김미경, 전게논문(각주4), 534-535

랑스민법 제793조 제①항), 반면 보존을 원치 않는 물건은 매각할 수 있고 이 경우 그 매각대금을 상속재산에 귀속시킬 의무를 부담한다(동법 제793조 제②항)7). 보존이나 매각시 그로부터 15일 이내에 공시를 담당하는 법원에 신고해야 한다(프랑스민법 제794조 제①항). 보존의 신고는 공시되지 않는 한 채권자에게 대항하지 못하며(프랑스민법 제795조 제①항), 위 기간 매각의 신고를 하지 않은 경우 상속인은 매각대금에 대하여 자신의 고유재산으로 책임을 져야 한다(동법 제795조 제②항).

상속인은 보존의 의사표시를 한 날 또는 매각대금을 보유하게 된 날로부터 2개월 이내에(프랑스민법 제797조 제①항) 먼저 담보권자들에게 그 순위에 따라 변제한 뒤(동법 제796조 제②항) 다른 채권자들은 신고의 순서에 따라 변제하며(동법 제796조 제③항) 마지막으로 수유자에게 변제해야 한다(동법 제796조 제④항).

한정승인이 공시된 때로부터 15개월 동안 상속채권자들에 의한 모든 새로운 담보의 등록과 집행은 중단되거나 금지되며(프랑스민법 제792-1조 제①항), 상속채권자와 수유자는 위 기간이 경과한 뒤 상속인이 보존이나 매각을 선택하지 아니한 재산을 책임재산으로 하여 그로부터 변제를 받을 수 있고(동법 제798조 제①항), 상속인의 채권자는 한정승인이 공시된 때로부터 15개월이 경과하고 상속채권자와 수유자가 채무를 전부 변제받은 후에만 채권의 만족을 얻을 수 있다(동법 제798조 제②항). 위 기간 한정승인자가 악의를 가지고 고의로 상속재산의 적극재산이나 소극재산에 대한 사항을 재산목록에 누락시키거나 보존된 물건의 가액이나 매각된 물건의 대금을 가지고 상속채권자에게 변제하지 아니한 경우 상속인은 상속개시 시점부터 단순승인을 한 것으로 간주된다(프랑스민법 제800조 제④항). 다만 이 경우에도 판례는 재산분리의 효과가 지속되어야 한다고 보아 상속재산에 대하여 상속인의 채권자에 대한 상속채권자의

7) 종래 단점으로 지적되어 오던 경매절차의 부담을 개선하기 위하여 도입되었다.

우선권이 유지되는 것으로 판시하고 있었고⁸⁾ 2006년 개정법은 이러한 판례의 취지를 받아들여 한정승인이 실효되거나 취소된 뒤에도 상속채권자와 수유자는 상속인이 보존이나 매각을 선택하지 아니한 재산에 대하여 우선적 권리를 가지는 것으로 규정함으로써(프랑스민법 제802조) 상속재산이 상속채권자의 책임재산이 됨을 명확히 하였다.

제 2 절 독일

우리의 상속재산파산제도 또한 일본을 거쳐 독일에서 계수된 것이다. 독일의 경우 상속인은 상속이 개시되고 자신이 상속인임을 안 때부터 6주⁹⁾ 내에 상속을 포기할 수 있고(독일 민법 제1944조 제①항) 위 기간이 경과하면 상속을 승인한 것으로 간주된다(독일 민법 제1943조). 이는 우리 법상 단순승인과 같은 효력이 있고 한정승인제도는 별도로 존재하지 않는다¹⁰⁾. 대신 독일은 상속인의 유한책임을 달성하기 위하여 상속재산파산제도와 상속재산관리제도를 두어 상속재산의 상태에 따라 서로 다른 청산 기능을 담당하게 하고 있다.¹¹⁾ 상속인이 상속재산파산과 상속재산관리를 신청할 수 있는 시기에는 제한이 없으나¹²⁾, 상속채권자가 신청하기 위해서는 상속의 승인이 있는 때로부터 2년이 경과하지 않아야 한다(독일도산법 제319조, 독일민법 제1981조 제②항).

8) 김미경, 전제논문(각주4), 542; 김형석, 전제논문(각주5), 509

9) 다만 피상속인의 마지막 거주지가 해외이거나 상속인이 상속개시시에 해외에 거주하는 경우 이 기간은 6개월이다(독일 민법 제1944조 제③항).

10) 윤진수, “상속채무를 뒤늦게 발견한 상속인의 보호” 서울대학교 법학, 제38권 3·4호, 1997, 188

11) 윤진수, 전제논문, 188-189; 송효진, 전제논문, 317

12) 다만 법원이 상속채권자의 신청에 따라 상속인에게 상속재산 목록을 제출하도록 기간을 정한 경우 상속인이 그 기간이 만료될 때까지 재산목록을 제출하지 아니하면 상속채무에 대하여 무한 책임을 질 수 있다(법 제1994조 제①항). 그리고 이 경우 상속재산관리를 신청한 권리를 상실한다(법 제2013조 제①항 2문).

먼저 상속재산파산은 도산법에 의하여 규율되는데, 상속재산의 채무초과 또는 지급불능을 이유로 개시¹³⁾된다(독일도산법 제320조 1문). 신청권자는 상속인, 상속재산관리인, 유언집행자, 상속채권자이며(독일도산법 제317조 제①항), 상속인은 채무초과나 지급불능 사유의 존재를 알고 있다면 지체없이 상속재산파산을 신청해야 하고 불이행시 이로 인하여 채권자에게 발생한 손해를 배상할 책임이 있다(독일민법 제1980조 제①항 1,2문). 공동상속인이 있더라도 상속인 1인에 의한 신청이 가능하나 상속인 전원에 의하여 행하여지지 아니한 경우에는 신청원인을 소명하여야 한다(독일도산법 제317조 제②항). 파산절차가 개시되면 상속채권자의 개별적 권리행사는 불가능해지며 상속재산이 상속채무 청산을 위한 책임재산이 되어 여기서 집단적인 만족을 얻게 된다(독일도산법 제325조 참조).

다음으로 상속재산파산의 요건이 갖추어지지 않았더라도 상속재산관리를 통하여 고유재산과 상속재산의 분리가 가능하다(독일민법 제1981조 제①항)¹⁴⁾. 상속채권자나 상속인의 신청시 법원이 이를 명함으로써 동 절차가 개시되며(독일민법 제1981조) 상속채권자가 신청하기 위해서는 상속인의 행위나 재정상황에 의하여 채권자의 만족이 위험에 처하였을 것을 요구한다(독일민법 제1981조 제②항). 법원의 재산관리명령이 있으면 상속인은 상속재산에 대한 관리·처분권을 상실하고(독일민법 제1984조 제①항 1문), 상속인의 채권자의 상속재산에 대한 강제집행은 제한된다(동법 제1984조 제②항). 상속재산관리는 적어도 상속재산으로부터 그 관리비용이 충당될 수 있는 경우에만 허용되며(독일민법 제1982조), 나중에라도 상속재산이 관리비용을 지불하기에 부족한 것이 밝혀진 경우 관리명령이 폐지될 수 있다(동법 제1988조 제②항). 신청요건을 제외하고는 상속재산파산의 법률관계와 유사하다¹⁵⁾. 관리인은 상속재산이 채무초과나

13) 다만 상속인, 상속재산관리인, 유언집행자가 신청하는 경우 임박한 지급불능(또는 지급불능의 우려)도 신청원인에 포함된다(독일도산법 제320조 후문).

14) 김형석, 전제논문(각주5), 513

15) 최준규, “한정승인, 재산분리, 상속재산의 파산에 관한 입법론 - 비교법의 관점에서 -”, 서울

지급불능에 해당하는 경우 즉시 상속재산과산을 신청하여야 하며, 이러한 의무를 위반할 경우 그로 인하여 발생한 손해를 채권자들에게 배상할 책임이 있다(독일민법 제1985조 제②항, 제1980조 제①항 1,2문). 상속재산과산절차가 개시되면 상속재산관리절차는 종료된다(동법 제1988조 제①항). 공동상속인이 있는 경우 전체가 공동으로 신청해야 하고¹⁶⁾ 상속인이 상속재산에 대하여 가지고 있었으나 혼동이나 상계로 소멸했던 권리는 부활하고(독일민법 제1976조, 1977조 제①항) 상속인의 채권자의 상속재산에 대한 권리 행사는 제한된다(동법 제1977조 제②항 참조).

이외에 절차비용을 지불할 충분한 상속재산이 없어 상속재산관리나 상속재산과산이 적절하지 않거나 이러한 이유로 이러한 절차가 종료된 경우 상속인은 개별적으로 상속채권자의 청구에 대하여 항변권을 행사함으로써 유한책임의 결과를 달성할 수 있다(공법의 항변권, 독일민법 제1990조 제①항)¹⁷⁾. 이 경우 피상속인에 대한 상속인의 재산상 권리의무는 소멸하지 아니한다(독일민법 제1991조 제②항). 상속인이 과실없이 상속재산이 채무초과가 아니라고 여기고 상속채권자의 청구에 응하여 변제한 경우 이는 정당한 것으로 여겨진다(독일민법 제1979조)¹⁸⁾. 상속인은 상속채권자가 시도하는 강제집행을 인용할 의무가 있으며(독일민법 제1990조 제①항 2문), 상속재산이 충분하지 아니한 한도에서 상속채권자의 청구를 거절할 수 있다(독일민법 제1990조 제①항 1문). 상속인의 채권자가 상속재산에 대하여 강제집행을 시도하는 경우 상속인이 이를 배제할 수 있는지, 즉 재산분리가 상속채권자를 위한 효과도 가지는지에 대하여는 학설이 대립하고 있다고 한다¹⁹⁾.

대학교 법학, 제60권 2호, 137

16) 최준규, 전제논문(각주15), 137

17) 최준규, 전제논문(각주15), 143-144; 김형석, 전제논문(각주5), 514

18) 상속채권자들 사이에 우선주의가 적용된다고 한다. 최준규, 전제논문(각주15), 144

19) 자세한 내용은 최준규, 전제논문(각주15), 144; 김형석, 전제논문(각주5), 515

이처럼 독일법은 상속인의 유한책임을 달성하기 위하여 세 가지 방법을 규정하고 있고²⁰⁾ 이에 대한 상속채권자의 권리행사를 돕기 위하여 상속재산에 대한 정보를 재산목록 작성을 통하여 제공하고 있으며²¹⁾, 상속을 승인한 상속인의 책임제한을 위하여 채권자에 대한 공시최고절차를 두고 있다²²⁾. 그리고 상속개시 후 상속인의 승인 전까지 상속채권자의 상속인에 대한 소 제기는 금지되어 있고(독일민법 제1958조), 상속인은 상속을 승인한 후 첫 3개월이 되기 전까지 상속채권자의 청구를 거부할 권리가 있다(독일민법 제2014조).

제 3 절 우리에게 주는 시사점

기본적으로 프랑스는 한정승인의 효과로서 재산분리를 인정하여 상속채권자의 상속재산에 대한 우선변제권을 인정하고 있고, 독일은 상속재산관리와 상속재산파산에 의하여 절차적으로 재산분리를 인정하여 상속재산을 청산함으로써 동일한 효과를 얻고 있다. 두 입법례 모두 원칙적으로 상속재산과 상속인의 고유재산을 분리하고 전자를 상속채권자, 후자를 상속인의 채권자에게 책임재산으로 부여함으로써 상속과 관련된 채권자들의 이해관계를 적절히 조정하고 있는 것이다. 그런데 이러한 논의가 정작 프랑스와 독일법을 계수한 우리 법에는 제대로 반영되지 못하고 있다²³⁾.

구체적으로 한정승인제도가 프랑스법에 연원을 두고 있기에 파산적 청산

20) 김형석, 전제논문(각주5), 515

21) 최준규, 전제논문(각주15), 134

22) 최준규, 전제논문(각주15), 133-134; 김형석, 전제논문(각주5), 515

23) 한정승인제도를 도입하는 과정에서 그 효용성이나 기존의 전통적 상속관념에 부합할 수 있는지 여부와 같은 예상될 수 있는 문제를 간과하고 충분한 연구와 숙고의 노력을 기울이지 않은 채 안이한 방식으로 도입된 것이 이 제도가 가진 근본적 문제라는 지적으로는 박세민, “한정승인자의 상속재산의 지위”, 법학논고, 경북대학교 법학연구원, 제60집(2017. 11.), 184

을 전제로 한 규정들이 있으나 제대로 정비가 되지 아니하여 상속채권자들의 개별적인 상속재산에 대한 강제집행에 의하여 상속재산의 청산이 이루어지고 있고, 독일법제도를 도입하긴 하였으나 그 일부인 상속재산 파산절차만을 받아들인 데다 요건 또한 까다롭고 이용도 극히 미미하여 상속과 관련된 당사자들 사이의 이해관계를 조정하는데 제 역할을 하지 못하고 있다. 특히 다수의견이 대상판결과 같이 한정승인을 상속인 보호에 중점을 둔 제도로만 이해한 나머지 상속채권자가 한정승인자의 근저당권자에 대한 관계에서 상속재산에 대한 우선적 지위를 인정받지 못하는 결과 상속채권자의 보호에 공백이 발생하고 있다.

대상판결의 다수의견은 재산분리나 상속재산파산제도를 이용함으로써 상속채권자의 희생을 막을 수 있다고 보는 듯하나, 재산분리제도는 거의 사문화되어 있고, 상속재산파산제도는 상속재산이 채무초과인 경우에 한하여 청구할 수 있어서 상속인의 채무초과로 인해 상속채권자의 보호가 문제되는 사안에서는 적절한 해결방안이 될 수 없다²⁴⁾. 단순승인간주규정(민법 제1026조 제3호) 또한 한정승인자의 고유재산이 없다면 사실상 실익이 없다²⁵⁾.

상속인 보호가 한정승인의 중요한 목적이라는 것을 부인할 수 없으나 입법례에서 살펴본 바와 같이 한정승인제도가 상속채권자와 상속인의 채권

24) 김형석, 전제논문(각주5), 522는 대상판결에 대하여 우리 입법자는 상속재산파산에 의하여 한정승인의 효과가 발생하는 것으로 정하고 있으며 이로써 한정승인과 상속재산파산의 효과는 법률에 의하여 원칙적으로 동등하게 취급되고 있는 점, 재산분리나 상속재산파산신청으로 발생하는 법상황이 결국 한정승인에 상속채권자를 위한 재산분리효과 인정되는 것인 점을 감안할 때 추가적인(그리고 경우에 따라서는 번거로운) 행위를 요구하고 있을 뿐이라고 비판한다.

25) 박규은, “한정승인한 상속재산의 배당시 상속채권의 순위”, 동북아법연구 제10권 제3호(2017. 1.), 1002는 “한정승인은 통상적으로 상속채무가 상속재산을 초과하는 경우에 활용되는 제도이고 한정승인자가 본인의 재산이 충분하거나 상속채권자에게 변제하여 청산할 의지가 있다면 자신의 채무에 대하여 본인 소유의 재산에 담보권을 설정하여 주면 될 일이지 굳이 상속재산에 담보권을 설정하여 주었을 리가 없다. ... 그렇다면 상속채권자는 한정승인자의 재산에서 변제받을 가능성이 거의 없고 한정승인자의 재산이 있다고 하더라도 상속채권자로서는 한정승인자를 상대로 소송을 제기한 후 집행하여야 하므로 상속채권자에게만 지나치게 불공평한 결과를 가져온다”고 대상판결의 태도를 비판한다.

자 모두 자기 채무자의 책임재산으로부터 자기 채권의 만족을 얻도록 함으로써 이들의 이익 또한 조정하고 있음을 간과해서는 안된다. 우리의 한정승인제도가 운용되는 과정에서 상속인 보호가 특별히 강조되었던 것은 우리의 특수한 법현실에 기인한 것이다. 우리 법은 대륙법계를 따라 상속에 있어 당연·포괄승계주의를 취하고 있는데, 다른 대륙법계 국가들이 상속인을 보호하기 위한 나름의 안전장치²⁶⁾를 두고 있는 것과 달리 우리 민법은 기간도과에 의한 법정단순승인을 원칙적인 형태로 하고 있으면서도 상속인의 보호에 미흡하다. 헌법재판소가 한정승인의 기간과 관련하여 제1026조 제2호와 부칙 제③항에 대하여 두 차례 헌법불합치 결정²⁷⁾을 내린 것은 바로 이런 배경에서 나온 것이라 할 수 있다.

이러한 문제점에 대한 대안으로 프랑스법을 계수한 우리 민법의 전반적인 체계상 상속채권자와 상속인의 채권자가 각각 상속재산과 상속인의 고유재산으로부터 채권의 만족을 얻을 수 있는 방향으로 한정승인과 관련된 우리의 법제도를 세밀하게 정비하는 근본적인 작업이 필요하다는 견해²⁸⁾, 한정승인제도를 폐지하고 상속재산파산제도를 보완하는 것이 바

26) 앞에서 언급한 바와 같이 우리 민법이 모델로 하고 있는 프랑스민법의 경우 우리와 달리 승인의 시효가 10년이고 그 안에 상속의 승인이나 포기가 가능하며, 독일의 경우 상속재산관리나 상속재산파산절차를 통하여 책임제한이 이루어지고 있다. 이외에 스위스의 경우 상속개시시 상속재산이 채무초과 상태임이 명백한 경우 상속의 포기가 추정되며, 오스트리아의 경우 상속재산이 당연히 상속인에게 귀속되는 것이 아니라 법원이 상속인으로 하여금 법원에 출석하여 승인 여부 및 단순승인을 할 것인지 아니면 한정승인과 유사한 조건부 승인을 할 것인지 의사 표시를 할 것을 요구하는 등 적극적으로 절차를 관리·감독한다는 특색이 있다. 더 자세한 내용은 송효진, 전제논문, 317-318; 최준규, 전제논문(각주15), 155-156 참조; 윤진수, 전제논문, 191은 우리 법이 상속인에 대하여 가장 불리하게 되어 있다고 한다.

27) 헌법재판소 1998. 8. 27. 선고 96헌가22 등 전원재판부 결정은 제1026조 제2호에 대하여 헌법불합치결정을 내렸고 그에 따라 2002. 1. 14. 법률 제6591호로 개정된 민법은 제1026조 제2호에 대하여는 동일한 규정을 되살리되 제1019조 제3항을 신설하여 소위 특별한정승인제도를 창설하였다. 그런데 부칙 제③항은 위 법 시행 전에 상속의 개시가 있는 상속인 중 특별한정승인 신고를 소급하여 할 수 있는 자를 종전 불합치결정 선고일로부터 3월 전인 1998. 5. 27.부터 이 법 시행(2002. 1. 14.) 전까지 상속개시가 있음을 안 자로 제한하고 있었고 이에 대하여 헌법재판소 2004. 1. 29. 선고 2002헌가22 등 전원재판부 결정은 1998. 5. 27. 전에 상속개시가 있음을 알고 위 일자 이후 상속채무초과사실을 안 상속인에 관하여 위 부칙 제③항이 소급적용을 제한한 것은 헌법에 어긋난다고 보아 헌법불합치결정을 내렸다.

28) 박규은, 전제논문, 1010; 김진호, “한정승인과 민사집행절차”, 법학연구(연세대학교 법학연구

람직하다는 견해²⁹⁾가 제시되고 있는데, 어느 견해든 간에 결국 상속채권자들은 상속재산으로부터, 상속인의 채권자들은 상속인의 고유재산으로부터 각각 우선적 만족을 얻는 방향으로 제도의 정비가 필요하다는데 일치하는 것으로 이해된다.

이러한 논의를 발전시키기 위하여 여기서는 상속재산파산제도를 개관하고 상속재산청산제도로써 이 제도가 가진 장점과 동 제도를 활성화하기 위하여 보완이 필요한 부분을 찾아본다.

제 3 장 상속재산파산제도 개관

제 1 절 서론

우리나라는 해방 후에도 한동안 1912. 3. 18. 제령 제7호 조선민사령 제1조 제11호에 의하여 의용된 일본 파산법의 적용을 받았다. 그러다가 이를 대체하기 위한 구파산법이 1962. 1. 16. 국가재건최고회의 제3차 상임위원회에서 상정, 의결되어 1962. 1. 20. 공포, 시행되었다³⁰⁾. 당시 실정에 부합되지 않는 부분에 대한 일부 개정이 있긴 하였으나 상속재산파산제도에 대하여는 종전 일본 파산법이 거의 그대로 계수되었고, 이 때문에 우리의 상속재산파산제도는 한정승인 및 재산분리와 상속재산파산제도가

원), 제27권 제4호(2017. 12.), 312; 김미경, 전계논문(각주5), 207; 송효진, 전계논문, 330
29) 윤진수, 전게서, 440; 최준규, 전계논문(각주15), 184-185; 그 외 한정승인제도의 존치 여부에 대하여 회의적인 견해로, 박세민, 전계논문, 42
30) 국가법령정보시스템 파산법(법률 제998호, 1962. 1. 20. 제정) 제정·개정이유 부분 참조 (<http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=3839&efYd=19620120#0000>) 2019. 6. 6. 최종방문

병존하는 일본을 모방하여 한정승인 및 재산분리에 대한 보완적인 제도로 설계되었다³¹⁾³²⁾. 이러한 점은 상속재산에 대한 파산신청기간을 재산분리의 청구기간(민법 제1045조)을 기준으로 정한 것이나, 법 제537조가 한정승인(민법 제1039조)에 준하여 최후의 배당에서 제외된 상속채권자 등이 잔여재산에 관하여 그 권리행사를 인정한 것³³⁾, 한정승인(민법 제1036조), 재산분리(민법 제1051조, 제1036조)에서 상속채권자의 채권과 수익자의 채권 사이의 우선순위가 상속재산파산에도 그대로 이어지고(법 제443조, 법 제401조), 상속재산파산 또한 한정승인(민법 제1031조)이나 재산분리(민법 제1050조)와 같이 혼동의 예외가 인정되는 것(법 제389조 제②항, 제437조), 상속재산에 대한 파산신청기간안의 신청에 의하여 상속인에 대한 파산선고가 있는 경우에도 배당의 순위에 대하여 재산분리가 있는 것과 동일한 효과를 인정하는 것(법 제444조), 상속개시 후 상속인이 파산선고를 받고 상속재산에 대하여 한정승인 또는 포기가 있는 경우 파산재단에 대하여 한정승인의 효력을 인정하는 것(법 제385조, 제386조 제①항) 등에서 확인할 수 있다. 이하에서 좀더 자세히 살펴본다.

31) 전병서, 도산법(제3판), 2016, 38; 로앤비 온주 채무자회생및파산에관한법률/임채웅 제346조, 방주번호2; 송효진, 전계논문, 317; 김형석, 전계논문(각주5), 521은 우리 법제가 실체법(프랑스민법)과 절차법(독일 파산법)의 계수 과정의 상이함에 의하여 상속재산에 대한 파산적 청산 절차로서 한정승인과 상속재산파산의 두 가지를 인정하고 있으며 이 두 제도를 조화하는 방향으로 해석한다면 입법자는 상속재산 청산을 위한 일반적인 제도로서 민법상 한정승인을 인정하면서 채무초과의 요건이 존재하는 경우 추가적·선택적인 특별 청산제도로서 상속재산파산을 두고 있다고 평가한다.

32) 상속재산파산제도와 한정승인, 재산분리를 간단히 정리한 도표를 별지로 첨부하였다.

33) 한편 일본의 개정 파산법은 우리 법 제537조와 같이 최후의 배당에서 제외된 상속채권자 등이 잔여재산에 관하여 그 권리를 행사할 수 있도록 규정하고 있던 종전 파산법 제289조를 삭제하였다. 이는 일반 파산 사건에서는 파산채권자가 채권신고를 해태하는 등으로 최후 배당에서 제외된 경우 파산 절차 내에서 잔여 재산에 대하여 권리 행사를 하는 것이 인정되지 아니함에도 불구하고 상속재산파산에서만 이러한 규정을 두는 것은 형평에 반하고, 상속채권자 등에 대한 청산절차가 간소화되어 있는 한정승인과 달리 충실한 청산절차를 보장하고 있는 상속재산파산에서 이러한 예외 규정을 둘 필요가 크지 않기 때문이라고 한다(伊藤 眞 外 5, 전계서, 1476-1477). 반면 이에 대하여 상속재산이 남아있음에 불구하고 상속채권자가 그로부터 만족을 얻지 못하는 것은 가혹하다는 이유로 현행법의 태도가 타당하다는 입장으로는 최준규, 전계논문(각주15), 196 각주 280)

제 2 절 요건

1. 신청권자

상속채권자, 수유자, 상속인³⁴⁾, 상속재산관리인 및 유언집행자³⁵⁾가 신청권자이다(법 제299조 제①항). 한정승인의 청구인이 상속인에 한정되고, 재산분리의 청구인이 상속채권자나 수유자 또는 상속인의 채권자³⁶⁾(민법 제1045조)인 것과 대비된다. 상속인의 채권자는 파산신청을 할 수는 없고 다만 재산분리를 통하여 상속인의 고유재산으로부터 상속채권자에 우선하여 변제를 받을 수 있을 뿐이다³⁷⁾. 신청행위는 일종의 보존행위에

34) 상속인과 관련하여 상속재산관리인이나 유언집행자가 있는 경우에도 여전히 그 신청권을 인정할 것인지 문제될 수 있는데, 이 경우에도 상속인은 여전히 잠재적인 관리권한과 의무를 가지고 있고 상속재산이 채무초과임에도 상속재산관리인이나 유언집행자가 상속재산에 대한 파산신청을 하지 않는 경우도 있을 수 있다는 이유로 이를 인정해야 한다는 견해가 일본의 유력한 견해이다. 伊藤 眞 外 5, 전거서, 1484

35) 우리는 제한을 두고 있지는 않으나 일본 파산법에서는 명시적으로 ‘상속재산의 관리에 필요한 행위를 할 권리를 보유한’ 유언집행자로 제한하고 있다(제24조 제①항). 이는 독일의 경우에도 이러한 제한이 있다(독일파산법 제317조 제①항). 우리 또한 신분법 관계에 관한 사항의 집행만을 위한 유언집행자에게는 신청권이 인정되지 않는다고 보아야 할 것이다. 로앤비 온주 채무자회생및파산에관한법률/정문경 제299조, 방주번호5; 양형우, 상속재산의 파산에 관한 고찰, 비교사법 제13권 제1호, 458

36) 이성보, “상속재산의 분리”, 상속법의 제문제[재판자료 제78집], 법원도서관, 1998, 142-143, 147은 상속채권자와 수유자의 보호를 위한 재산분리가 인정되고 있는 것과의 균형상 상속인의 채권자에게도 청구권이 인정되고 있으나, 상속재산에 대한 파산신청기간 안의 신청에 의하여 상속인에 대한 파산선고가 있는 때에는 상속인의 고유재산에 대하여 상속채권자 및 수유자의 채권에 우선하여 변제받을 수 있도록 되어 있어(채무자회생및파산에관한법률 제444조, 이하 ‘법명’은 생략한다) 보호받을 수 있는 길이 열려 있으므로 굳이 상속인의 채권자에게 청구권을 인정할 실익이 크지 않다고 한다. 이 견해는 상속인이 상속에 의하여 새로운 채무를 부담하는 것은 통상의 채무부담과 다르지 않고 상속인의 채권자가 이를 예측하기 어렵기 때문에 이로 인하여 상속인의 채권자에게 불이익이 발생하더라도 이는 어쩔 수 없는 것이 아닌가 하는 의문이 있다고 한다.

재산분리의 청구인에 상속인의 채권자를 포함시키는 입법례는 일본과 프랑스가 있는데 그중 프랑스의 경우 종래 재산분리제도는 상속채권자를 보호하기 위한 것이었고, 이 때문에 상속인의 채권자의 재산분리청구는 허용되지 않다가 2006년 민법 개정시 상속인의 채권자가 재산분리의 청구인으로 추가되었다(프랑스민법 제878조 제②항).; 이 때문에 김형석, “우리 상속법의 비교법적 위치”, 가족법연구 제23권 2호, 89는 상속인의 채권자에게 재산분리 청구를 허용한 것은 일본 민법 입법관계자들의 독자적인 판단으로 보인다고 한다.

37) 다만 입법론으로 상속인의 채권자에게도 상속재산파산신청권을 부여할 필요가 있다는 견해로, 최준규, 전거논문(각주15), 192-193 참조

해당하여 공동상속의 경우 상속인 단독으로도 신청이 가능하다³⁸⁾.

한편 상속재산관리인, 유언집행자 또는 한정승인이나 재산분리가 있는 경우의 상속인이 상속재산으로 상속채권자 및 수유자에 대한 채무를 완제할 수 없는 것을 발견한 때에는 지체 없이 파산신청을 하여야 할 의무가 있다(법 제299조 제②항), 이러한 의무는 상속재산관리인, 유언집행자는 그 직무상의 선관주의의무를, 상속인은 한정승인이나 재산분리에 의하여 발생하는 성실청산의무를 근거로 하는 것으로 설명된다³⁹⁾. 동 의무를 이행하지 아니할 경우 그에 대한 제재나 손해배상책임을 인정하는 것과 같은 불이익이 부과되지 않는다면 위 조항의 실효성은 떨어질 수 밖에 없다⁴⁰⁾. 독일의 경우 상속인이 동 의무를 불이행할 경우 이로 인하여 채권자에게 발생한 손해를 배상할 책임이 있음은 앞에서 본 바와 같다. 상속재산파산제도의 활성화를 위해서는 이 의무를 강제할 방안을 마련할 필요가 있다.

2. 신청원인

‘상속재산으로 상속채권자 및 수유자에 대한 채무를 완제할 수 없는 때’(법 제307조) 즉 채무초과일 때 신청이 가능하다. 일반적인 파산원인으로 지급불능(법 제305조 제①항)이 있는데 이는 채무자가 변제능력이 부족하여 즉시 변제하여야 할 채무를 일반적·계속적으로 변제할 수 없는 객관적 상태를 말하는 것이다(대법원 1999. 8. 16.자 99마2084 결정 등 참조). 여기서 채무자의 변제능력은 자산, 신용, 가동력 내지는 기술의 세 가지 요소를 종합하여 판단하게 되는데 상속재산의 경우에는 신용이나 가동력 내지는 기술과 같은 면을 고려할 여지가 없으므로 현재의 재산만

38) 전병서, 전게서, 51-52; 김주미, 상속재산파산의 실무상 쟁점 연구, 법조 2019·2, 312; 최준규, 전게논문(각주15), 187 각주 250); 山本和彦, 전게논문, 534

39) 山本和彦, 전게논문, 164면 참조.

40) 이를 지적하는 견해로는 김주미, 전게논문, 313

을 기준으로 평가된 채무초과라는 상태를 파산원인으로 하면 충분하다고 본 것이다⁴¹⁾. 이러한 입장에서는 상속재산에 대한 파산은 상속채권자 및 수유자에 대한 채무 총액이 상속재산에 속하는 적극재산 총액을 초과하는 경우에만 개시될 수 있다.

반면, 한정승인(민법 제1019조 제①항)은 상속채무가 상속재산을 초과할 것을 요건으로 하지 않는다⁴²⁾. 다만 동조 제③항에 한하여 상속채무가 상속재산을 초과하는 사실을 중대한 과실없이 상속개시있음을 안 날로부터 3월 내에 알지 못하고 단순승인(민법 제1026조 제1, 2호의 규정에 의하여 단순승인한 것으로 보는 경우를 포함한다)한 경우에 한하여 채무초과를 요구한다. 재산분리는 해석상 분리의 필요 즉 재산분리를 하지 않으면 상속채권자나 수유자 또는 상속인의 채권자의 채권을 보전할 수 없는 염려가 있을 것을 요구하는데,⁴³⁾ 이는 결국 전자는 상속인의 채무초과를, 후자는 상속재산의 채무초과를 의미한다고 할 수 있다⁴⁴⁾. 요컨대 신청원인과 관련해서는 한정승인은 원칙적으로 신청원인을 요구하지 않고 있고, 재산분리는 상속인 또는 상속재산의 채무초과를 요구하고 있다는 점에서 상속재산파산과 유사함을 확인할 수 있다. 그렇지만 재산분리가 사실상 사문화되어 있는 제도라는 점을 감안한다면, 한정승인에 비하여 상속재산파산의 신청원인을 지나치게 제한하고 있는 것은 아닌지 의문이 있다. 독일에서 상속재산의 파산원인을 채무초과에 제한하지 않고

41) 전병서, 전제서, 46

42) 지원립, 민법강의(제9판), 홍문사, 2011, 2070은 상속재산이 채무초과 여부가 불분명한 경우 상속인이 상속 여부를 결정하기 어려운 상황에서 채무초과의 상속재산이 당연승계됨으로부터 상속인을 보호하기 위한 제도가 한정승인이라고 설명한다. 한편 법원행정처, 법원실무제요 가사(Ⅱ), 2010, 376은, 상속인이 숙려기간 내에 모든 소극재산을 파악하기 어렵기 때문에 소극재산을 명백히 특정하지 못하고 심판청구서에 적극재산의 한도 내에서 책임을 부담하겠다는 취지를 밝힌 경우 실무에서는 특별한 사정이 없는 한 이를 수리하고 있다고 한다.

43) 법원실무제요 가사(Ⅱ), 394; 윤진수, 전제서, 494; 분리의 필요성에 대한 자세한 논의로는 이 정보, 전제논문, 153 참조

44) 법원실무제요 가사(Ⅱ), 394; 이정보, 전제논문, 155는 적어도 상속인이 채무초과가 아닌 경우에는 상속채권자나 수유자가 불이익을 받을 우려가 없고, 상속재산이 채무초과가 아닌 경우에는 상속인의 채권자가 불이익을 받을 우려가 없으므로 이들의 청구에 대하여는 분리의 필요를 인정하기 어려울 것이라고 한다.

있다는 점을 감안할 때⁴⁵⁾ 신청원인의 제한은 논리필연적인 것이 아니고 입법정책적인 문제이다. 상속재산의 채무초과사실을 외부에서 확인하는 것이 용이하지 않고 개인기업이 상속재산에 포함되는 경우를 상정해 보면 굳이 파산원인을 법인과 구별할 이유가 없으므로 우리도 지급불능을 신청원인의 하나로 추가하는 것을 검토할 필요가 있다⁴⁶⁾. 이 경우 피상속인의 사망 전에 동인에게 폐업이나 종업원의 임금체불, 어음의 부도 등과 같은 지급정지사유가 있는 경우 그로부터 피상속인의 지급불능을 추정(제305조 제②항)함으로써 신청원인을 좀더 용이하게 구비하는 것이 가능해진다.

한편 법 제299조 제③항은 채무자에 준하는 상속인, 상속재산관리인 또는 유언집행자에 대하여는 파산원인 사실에 대한 소명의무를 부과하고 있다. 이는 서로 의견 차이나 이해의 대립이 있는 경우 자신에게 유리한 결과를 이끌어내기 위하여 파산신청을 악용하는 것을 막기 위한 것이라고 한다⁴⁷⁾.

45) 독일의 경우에는 상속재산파산에 있어서 채무초과 뿐만 아니라 지급불능, 그리고 상속인, 상속재산관리인, 유언집행자 등 채무자에 준한 자기신청의 경우에는 지급불능의 우려도 개시원인으로 하고 있음을 앞에서 언급한바 있다.

46) 김경옥, “파산신청의 원인으로서의 채무초과”, 민사집행법연구, 2010(6), 474, 489; 지급불능의 우려도 신청원인으로 도입할 것인지에 대하여 입법적 검토가 필요하다는 의견으로 양형우, 전개논문, 455; 반면 지급불능의 우려에 대하여는 독일과 우리의 신청원인에 차이가 있음을 들어 이를 포함시키는 것에 대하여는 신중한 검토가 필요하다는 견해로 최준규, 전개논문(각주 15), 197 각주 282)

참고로 현재 서울회생법원에 게시되어 있는 민원서식 양식모음란(<http://slb.scourt.go.kr/rel/information/min/MinListAction.work?gubun=0> 2019. 5. 21. 최종방문)에 게시된 상속재산파산신청서 양식에는 신청인이 상속인이 아닌 경우 신청이유란에서 “채무자의 지급불능(밑줄은 필자. 이하 동일) 상태에 대한 자세한 진술을 기재”하도록 요구하고 있고, 첨부서류로 “채무자의 지급불능상태에 대한 소명자료”를 제출할 것을 요구하고 있다. 한편, 일본의 경우 파산원인으로 지급불능을 추가하자는 견해로 伊藤 眞 外 5, 전개서, 1483; 山本和彦, 전개논문, 170은 개인 기업은 그 개인의 사후에도 그 기업의 신용도나 수익은 여전히 문제될 수 있음을 지적한다.

47) 전병서, 전개서, 55; 伊藤 眞 外 5, 전개서, 1487은 자연인 파산에서의 자격 제한 등의 불이익과 같이 신청을 신중하게 하는 요인이 상속인 등에게는 존재하지 않는다는 것도 상속인 등에게 소명의무를 부과하는 이유로 들고 있다.

여기서 문제되는 것은 상속채권자와 수유자에게도 소명의무가 있는지 여부이다. 이에 대하여 법 제299조 제③항의 반대해석상 상속채권자와 수유자의 소명의무를 부정하는 견해⁴⁸⁾와 법 제299조 제③항이 법 제294조 제②항의 특별규정 또는 보충규정에 해당함을 이유로 상속채권자와 수유자도 파산의 원인인 사실을 소명해야 한다고 해석하는 견해⁴⁹⁾가 있다.

생각건대 채권자도 파산신청을 악용할 가능성을 배제할 수 없고, 파산원인의 부존재는 파산신청의 기각사유에 해당하는 점(법 제309조 제①항)을 감안할 때 소명은 신청권자 모두에게 필요하고 다만 법 제299조 제③항은 소명의 정도에 있어서 상속인 등의 소명의무를 특별히 강조한 것으로 이해하는 것이 타당하다⁵⁰⁾.

3. 신청기간

입법론적으로는 독자적인 신청기간을 정하는 것도 가능하나 상속재산의 청산이라는 공통된 기능을 하는 한정승인과 재산분리와의 정합성⁵¹⁾의 측면에서 원칙적으로 민법 제1045조에 의하여 재산의 분리를 청구할 수 있는 기간에 한하여 그 신청이 가능하도록 규정하였다(법 제300조 전문).⁵²⁾ 이에 따르면 상속개시된 날로부터 3월내에 신청하여야 하나(민법 제1045조 제①항), 그 기간이 경과하였더라도 상속인이 상속의 승인이나 포기

48) 김주미, 전제논문, 319

49) 이이수, 채무자회생법 및 상속재산파산제도 관련 쟁점, 2017년 서울회생법원 하반기 간담회 자료집, 4-5, 김주미, 전제논문, 320에서 재인용; 일본 문헌으로는 山本和彦, 전제논문, 537

50) 참고로 현재 서울회생법원 홈페이지에 게시되어 있는 민원서식 양식모음란(<http://slb.scourt.go.kr/rel/information/min/MinListAction.work?gubun=0> 2019. 5. 21. 최종 방문)에 올라와 있는 상속재산파산신청서 양식에는 신청인이 상속인이 아닌 경우 첨부서류로 “채무자의 지급불능(미줄은 필자 추가)상태에 대한 소명자료”를 제출할 것을 요구하고 있다.

51) 한정승인의 경우 민법 제1019조 제①항과 제③항에서 인식의 대상에는 다소 차이가 있으나 안 날로부터 3월이 그 기간이고, 재산분리의 경우 민법 제1045조에서 한정승인과 달리 안 날이 아닌, 상속이 개시된 날을 기준으로 3월 내이되(제①항), 3월이 경과된 이후에는 상속인이 상속의 승인이나 포기를 하지 아니하였다면 가능하도록 규정하고 있다(제②항).

52) 伊藤 眞 外 5, 전게서, 1488-1489

를 하지 아니한 동안에는 여전히 신청이 가능하다(민법 제1045조 제②항). 다만 이 경우에도 상속인은 상속개시있음을 안 날로부터 3월내에 한정승인 또는 포기를 하지 아니한 때에 단순승인을 한 것으로 간주되므로(민법 제1026조 제2호) 결국 여기서 “민법 제1045조에 의하여 재산의 분리를 청구할 수 있는 기간”은 민법 제1019조 제①항의 기간인 “상속개시있음을 안 날로부터 3월까지”로 한정된다⁵³⁾.

문제는 상속인이 상속채무가 상속재산을 초과하는 사실을 중대한 과실없이 상속개시있음을 안 날로부터 3월내에 알지 못하고 단순승인을 한 경우 그 사실을 안 날부터 3월내에 특별한정승인을 신청할 수 있는데 이 경우 상속재산파산신청기간이 지난 것으로 볼 것인지 여부이다.

이에 대하여는 법 제300조 제2문에서 정한 신청기간을 준수할 여지가 없다는 이유로 신청을 각하하여야 한다는 견해(1설)⁵⁴⁾와 특별한정승인에 관한 민법 제1030조 제②항, 제1034조 제②항, 제1038조는 한정승인절차를 전제한 규정들로 상속인의 파산신청의무를 규정한 법 제299조 제②항과 어울리지 않으며 상속인은 동 조항에 따라 지체없이 파산신청을 하면 족하다는 견해⁵⁵⁾(2설)가 있다.

생각건대 민법 제1045조 제②항의 “상속인이 상속의 승인이나 포기를 하지 아니한 동안”을 “상속개시있음을 안 날로부터 3월까지”로 한정하는 근거가 민법 제1026조 제2호에 있다면, 민법 제1019조 제③항은 민법 제1026조 제2호에 해당하는 경우라 하더라도 상속채무가 상속재산을 초과한다는 사실을 중과실 없이 알지 못한 경우 이를 안 날로부터 3월 내에

53) 윤진수, 전계논문, 191; 전병서, 전게서, 52; 김주미, 전계논문, 313-315

54) 김주미, 전계논문, 316. 다만 동 견해도 입법론으로는 특별한정승인을 받은 상속인도 상속재산파산제도를 이용할 실익이 있으므로 상속인과 상속채권자 사이의 이해관계의 균형을 맞추는 조건에서 이를 인정하는 것이 필요하다고 한다.

55) 최준규, 전계논문(각주15), 184 각주 246)

한정승인을 할 수 있다는 것이므로 조문해석상 특별한정승인기간이 위 제1045조 제②항의 “상속인이 상속의 승인이나 포기를 하지 아니한 동안”에 해당한다고 보지 못할 이유가 없고⁵⁶⁾, 특별한정승인의 경우 채무초과가 요건인바 상속인에게 상속재산과산을 신청할 의무가 인정된다는 점, 파산선고에는 한정승인과 동일한 효력이 인정되고 나아가 더 충실한 청산절차가 예정되어 있음에도 불구하고 상속재산과산신청이 애당초 불가능하다고 보는 것은 불합리하다는 점에서 현행 제도 하에서도 특별한정승인 기간 내에 상속재산과산을 신청하면 법 제300조 제1문의 신청기간을 준수하였다고 해석함이 상당하다.

한편 위 기간에 한정승인 또는 재산분리가 있을 때에는 상속채권자 및 수익자에 대한 변제가 아직 종료하지 아니한 동안에도 청구가 가능하다(법 제300조 제2문), 이는 한정승인이나 재산분리가 있었다면 그 청산과정에서 상속재산의 공평한 분배를 위하여 더욱 엄격한 청산절차의 필요성이 있는 경우 상속재산과산절차를 통하는 것이 바람직하다는 데 그 취지가 있다⁵⁷⁾. 이 조항으로 인하여 일단 한정승인이나 재산분리가 있었다면 신청기간은 상속재산에 대한 청산이 종료되기까지 연장된다⁵⁸⁾.

4. 관할

상속재산과산사건은 상속개시지⁵⁹⁾를 관할하는 회생법원의 관할에 전속한다(법 제3조 제⑥항)⁶⁰⁾. 이는 한정승인과 재산분리가 상속개시지 가정법원 관할(가사소송법 제44조 제①항 제6호)인 것과 대비된다.

56) 1설은 법 제300조 제2문의 신청기간을 준수할 여지가 없다는 것을 근거로 하나, 법 제300조 제1문에 해당할 수 있다는 취지이다.

57) 로앤비 온주 채무자회생및파산에관한법률/정문경 제300조, 방주번호3

58) 김주미, 전제논문, 315

59) 상속은 피상속인의 주소지에서 개시한다(민법 제998조).

60) 다만 일본 파산법은 상속재산의 소재지를 보충적 토지관할로 인정하고 있다(제222조 제③항). 그 외 입법론으로 피상속인이 상인인 경우 피상속인의 경제활동의 중심지(주 영업소 소재지)에도 관할을 인정해야 한다는 것으로 山本和彦, 전제논문, 531 참조

제 3 절 효과

상속재산에 대하여 파산선고가 있는 때에는 파산선고시점을 기준으로 상속재산에 속하는 모든 재산이 파산재단이 되고(법 제389조 제①항)⁶¹⁾, 파산선고 전에 제기되어 계속 중인 소송절차는 중단되며 파산관재인 또는 상대방이 이를 수계할 수 있다(법 제347조 제①항). 파산채권에 기하여 파산재단에 속하는 재산에 대하여 행하여진 강제집행, 가압류 또는 가처분은 파산재단에 대하여는 그 효력을 잃는다(법 제348조 제①항).

상속재산에 대하여 파산선고가 있는 때에는 상속인은 한정승인한 것으로 본다(법 제389조 제③항 본문). 한정승인이란 상속인의 측면에서 상속재산을 상속채권자와 수유자의 책임재산으로 선을 긋는 의미가 있는 반면, 상속재산파산은 상속재산의 측면에서 이를 상속인으로부터 독립시켜 상속채권자와 수유자의 책임재산으로 파악하는 의미가 있기 때문에 실질적으로 상속재산파산과 한정승인을 동일한 것으로 파악하고 상속인의 의사도 한정승인한 것으로 간주하는 것이라고 한다⁶²⁾. 이는 상속채권자가 상속인의 고유재산에 추급하는 것을 막기 위한 것이나 민법 제1026조 제3호에 의하여 상속인이 단순승인한 것으로 보는 때를 제외한다(법 제389조 제③항 단서).

61) 우리의 경우 학설상 특별한 논의는 없으나 일본에서는 상속재산파산에서 누구를 파산자로 볼 것인지에 대하여 논의가 있다. 이는 파산에서 '채무자'의 개념과 관련된 내용을 상속재산파산에서도 통일적으로 설명하는데 그 실익이 있다고 할 수 있는데 자세한 논의는 伊藤 眞 外 5, 전게서, 1474-1476 참조

62) 로앤비 온주 채무자회생및파산에관한법률/고일광 제389조, 방주번호6; 참고로 이러한 규정이 없는 일본의 통설은 상속채무에 대한 상속인의 책임은 상속재산에 한정된 유한책임이 아니라 잔액채무에 대한 무한책임으로 이해한다. 이에 대한 자세한 내용은 石川明, 相続財産の破産能力, 判例タイムズ, 50(19)通号, 1004号, 68; 中島弘雅, 相続財産破産をめぐる近時の問題, 法学雑誌, 45卷 3・4号(1999), 138 참조

위 조항은 2005. 3. 채무자회생및파산에관한법률의 제정과정에서 신설된 것인데 이와 관련하여 입법의 연혁을 살펴볼 필요가 있다. 독일의 상속 재산파산제도는 앞에서 이미 살펴본 바와 같이 상속재산과 상속인의 고유재산의 분리를 전제한 것이다. 그리고 독일 민법 제1975조는 이를 반영하여 상속재산파산 및 상속재산관리에서 상속인의 책임은 상속재산으로 한정된다는 점을 명시하고 있다.

그런데 일본은 이러한 독일의 제도 중 상속재산파산만을 도입하면서 위 독일 민법 제1975조와 같은 규정을 별도로 두지 않았다. 그리고 이에 대하여 大阪高判 1988年(昭和63年) 7月 29日 判タ680号는 “...또한 상속재산의 파산에 한정승인과 마찬가지로의 효과를 주고 있는 입법례도 있으나 일본의 상속재산파산제도가 이를 채택하고 있지 않는 것이 명백하고, 위와 같은 명문의 정함이 없는 이상 상속재산에 대하여 파산선고가 행하여져도 상속인에 있어서 포기 또는 한정승인의 항변을 하지 않았다면 상속인은 위 파산절차에서 변제되지 않았던 채무를 자기의 고유재산으로 변제할 책임을 부담하게 된다고 풀이하여야 한다”고 판시한다. 일본의 통설이 일본에는 독일민법 제1975조와 같은 취지의 규정이 없는 것을 이유로 상속인은 상속재산파산절차 종료 후 잔액채권에 대하여 그 고유재산으로 변제할 책임이 있고 파산선고에 따른 상속재산과 상속인의 고유재산의 분리는 다만 상속채권자와 상속인의 채권자 사이에서 각각의 채권을 보호하면서 이를 공정하게 행사하기 위하여 변제에 충당할 재산의 순위를 부여한 것에 불과한 것으로 이해⁶³⁾하는 것도 같은 맥락인 것으로 풀이된다.

이를 비판하는 견해⁶⁴⁾도 없지 않으나, 일본의 통설, 판례의 입장에 따른

63) 中島弘雅, 전계논문, 134-135 참조. 이는 우리 민법상 재산분리의 효과(민법 제1052조)와 동일한 것으로 이해된다.

64) 상속재산파산신청을 한 상속인의 의사를 존중하여 상속재산파산절차를 밟은 이상 당연히 한정승인의 효과를 인정하는 것이 타당하다는 견해, 상속재산 자체를 파산자로 보는 이상 상속인

다면 결국 일본의 상속재산과산제도는 채무초과인 피상속인의 상속재산을 청산하여 잔여 채무만 상속인의 부담으로 승계시키기 위한 것으로 본래보다 그 의미가 축소된 것이다⁶⁵⁾. 이는 상속재산과산제도의 모범인 독일법이 의도한 것과는 전혀 다른 모습으로, 일본에서 한정승인제도가 상속재산을 한도로 한 상속인의 유한책임이라는 효과와 간이한 청산기능이라는 고유한 존재의의를 가지고 널리 활용된 것과 달리, 제 자리를 찾지 못한 주된 원인이 된 것이 아닌가 생각된다.

우리의 과산법(2005. 3. 31. 법률 제7428호로 폐지되기 전의 것)은 일본의 종전 과산법을 모델로 하여 제정된 것으로 이와 동일한 태도를 취하고 있었으나, 위 조항의 제정으로 일본과 달리 과산선고시 한정승인과 동일한 효과가 인정되게 되었다. 위 조항은 상속재산에 대하여 과산선고가 있는 때에는 상속인의 채권자는 그 과산재단에 대하여 과산채권자로서 그 권리를 행사할 수 없도록 규정한 법 제438조와 결합하여 상속재산은 상속채권자의 책임재산으로, 상속인의 고유재산은 상속인의 채권자의 책임재산으로 각각 귀속시키는 효과를 가진다⁶⁶⁾.

의 한정승인 여부에 관계없이 상속재산이 남아있지 않다면 상속채권은 사실상 만족을 얻을 수 없다고 해석하는 것이 타당하다는 견해 등이 있다. 자세한 내용은 中島弘雅, 전계논문 136-137 참조

65) 그 배경에는 과거부터 부모의 채무를 자녀가 부담하는 것이 당연하다는 가족윤리적 관념이 일본사회에 뿌리깊이 존재하여 왔기 때문에 입법자들이 이러한 국민의 법감정을 단번에 불식시키고 혼란을 일으키는 것을 원치 않았던 측면이 있다고 한다. 자세한 내용은 中島弘雅, 전계논문, 138-139. 이로 인하여 일본에서는 한정승인이나 상속포기의 기간이 경과한 경우 상속인의 보호와 관련하여 면책신청권의 인정여부가 중요한 의미를 가진다(中島弘雅, 전계논문, 131-142 및 我妻 学, 전계논문, 69-77 참조). 그러나 우리의 경우는 상속재산에 대한 과산선고가 있으면 한정승인이 간주(법 제389조 제③항)되므로 상속인의 보호를 위하여 별도로 면책신청권을 인정할 실익이 크지 않다. 학설로는 상속인은 과산을 선고받은 채무자가 아니므로 면책신청권이 없다는 견해(서울중앙지방법원 과산부실무연구회, 개인과산·회생실무(제4판), 박영사, 2014, 37; 전병서, 전제서, 392)와 면책관계에 있어서는 상속인을 채무자로 보아야 한다는 견해(양형우, 전계논문, 467)가 있는데 후자의 경우 법 제389조 제③항이 신설되기 전의 견해인 점을 감안하면 현행법 하에서는 유지되기 어려울 것으로 생각된다.; 김주미, 전계논문, 311-312도 참조

66) 다만 법 제389조 제③항 단서의 예외는 있다.

또한 법은 상속재산의 공평한 청산을 위하여 혼동의 예외를 인정하여 상속재산에 대하여 파산선고가 있으면 피상속인이 상속인에 대하여 가지는 권리와 상속인이 피상속인에 대하여 가지는 권리는 소멸하지 아니한다고 규정한다(법 제389조 제②항)⁶⁷⁾. 이는 상속재산이 상속인으로부터 독립성을 가지고 있고, 혼동에 의한 소멸을 인정할 경우 상속인이 피상속인에 대하여 가지고 있던 권리가 상속채권자나 수유자에 앞서 상속재산으로부터 변제받는 것과 동일한 효과가 생기게 한다는 점을 고려한 것이다.⁶⁸⁾ 상속인은 그 피상속인에 대한 채권 및 피상속인의 채무 소멸을 위하여 한 출연에 대하여 상속채권자와 동일한 권리를 가진다(법 제437조).⁶⁹⁾

한편 상속인의 채권자는 그 파산재단에 대하여 파산채권자로서 그 권리를 행사할 수 없다(법 제438조). 이처럼 상속채권자와 상속인의 채권자를 다르게 규율하는 근거는, 상속인의 채권자는 본래 상속인에게 귀속된 상속재산으로부터도 변제를 받을 수 있지만 상속재산에 대하여 파산선고가 있고 상속채권자와 수유자에게조차 충분한 만족을 줄 수 없는 채무초과 상태라면 상속인의 채권자에게까지 상속재산에 대한 권리행사를 인정하는 것이 불공평하다는 데 있다.⁷⁰⁾

제 4 절 상속재산의 관리 및 청산

67) 한정승인(민법 제1031조)과 재산분리(동법 제1050조)도 동일한 규정을 두고 있다.

68) 로앤비 온주 채무자회생및파산에관한법률/이동원 제437조, 방주번호2

69) 일본 파산법은 제232조 제②항에서 이러한 경우 상속인이 그 출연액의 범위 내에서 당해 상속채권자가 피상속인에 대하여 가지고 있던 권리를 행사할 수 있다는 취지의 규정을 두고 있어 상속인의 권리를 우리와 달리 변제자 대위에 따른 권리로 이해하고 있다. 이에 따를 경우 예컨대 상속채권이 상속재산으로 담보된 경우 상속인은 채무소멸을 위한 변제로 그 담보권을 취득하게 될 것이다. 그렇지만 우리 법의 해석에 의하더라도 동일한 결론을 도출하는 것은 가능할 것으로 보인다. 이와 관련된 내용은 로앤비 온주 채무자회생및파산에관한법률/이동원 제437조, 방주번호3 참조

70) 로앤비 온주 채무자회생및파산에관한법률/이동원 제438조, 방주번호2; 伊藤 眞 外 5, 전게서, 1507-1508

한정승인이나 재산분리와 달리 상속재산의 관리처분권은 파산관재인에게 전속하고(법 제384조) 상속인이 파산선고 후 파산재단에 속하는 재산에 관하여 법률행위를 한 경우 파산채권자에게 대항할 수 없다(법 제329조 제①항). 이는 한정승인에서 상속인의 처분행위가 유효한 것⁷¹⁾, 그리고 재산분리에서 상속인의 처분행위가 무효이나 부동산의 경우 등기하지 못하면 제3자에게 대항할 수 없는 것(민법 제1049조)과 대비된다.

파산재단에 관한 소송에 관하여는 파산관재인이 당사자가 되고(법 제359조), 중단된 소송절차는 파산관재인이 이를 수계한다(법 제347조 제①항). 파산채권에 관한 소송은 중단된 뒤 파산관재인이 당연히 수계하는 것이 아니라 상대방의 채권신고와 그에 대한 채권조사의 결과에 따라 처리된다(법 제424조). 상속채권자의 개별적 권리행사는 금지되고 파산법원이 정한 일정기간 내에 자신의 채권을 신고한 뒤 채권조사기일에서의 조사를 거쳐 확정된 액 및 순위에 따라 배당을 받아야 한다. 법은 기한부채권의 현재화(법 제425조), 비금전채권의 금전화(법 제426조)⁷²⁾를 규정하고 파산선고시 조건부채권, 장래의 청구권도 채권전액을 파산채권액으로 하여 파산절차에 참가할 수 있다는 것을 명백히 하고 있다(법 제427조). 파산재단은 원칙적으로 민사집행법의 환가방법에 따르나 파산관재인은 법원의 허가를 받아 임의매각이 가능하다(법 제496조). 그 과정에서 파산관재인의 선관주의의무위반⁷³⁾이 있을 경우 이해관계인에게 손해를 배상할 책임이 있다(법 제361조).

71) 물론 이 경우 상속인의 처분행위가 부정소비(민법 제1026조 제3호)에 해당하는 경우 한정승인자에게 단순승인간주의 불이익을 주거나 손해배상 의무를 인정하는 것으로 해결하게 되나 이러한 방법은 한정승인자가 무자력인 경우 사실상 실익이 없다.

72) 이는 파산채권자가 스스로 그 평가액을 산정하여 파산채권 신고를 하고 이에 관하여 파산채권의 조사 및 확정절차를 거쳐 최종적으로 확정된다. 자세한 내용은 로앤비 온주 채무자회생및 파산에관한법률/이동원 제426조, 방주번호2, 4 참조

73) 참고로 한정승인(민법 제1022조, 제1031조)과 재산분리(민법 제1048조)에 있어 상속인은 고유재산을 대하는 것과 동일한 주의를 부담한다.

한정승인과 같이 상속채권자의 채권은 수유자의 채권에 우선하고(법 제 443조)⁷⁴⁾, 상속채권자 상호간에는 우선권이 있는 파산채권, 일반파산채권, 후순위파산채권 순으로 배당이 행하여지며(법 제441조) 각각의 단계에서 상속재산의 배당에 부족한 때에는 채권액의 비율에 따라 배당하게 된다(법 제440조).

제 5 절 상속재산파산의 특유한 제도들

1. 파산재단의 보호

파산선고시점이 파산재단의 기준이 되는 결과 상속개시 후 파산선고 전 상속재산으로부터 빠져나간 재산의 처리가 문제된다. 법은 상속인이 상속재산의 전부 또는 일부를 처분한 후 상속재산에 대하여 파산선고가 있는 때에는 상속인이 그로 인하여 반대급부를 가지는 경우 이에 관하여 가지는 권리는 파산재단에 속하고(법 제390조 제①항), 이 경우 상속인이 이미 반대급부를 받은 때에는 이를 파산재단에 반환하여야 하며(법 제 390조 제②항 본문), 다만 그 반대급부를 받은 때에 상속인이 파산의 원인인 사실 또는 파산신청이 있는 것을 알지 못한 때에는 그 이익이 현존하는 한도 안에서 반환하면 되는 것으로 규정한다(법 제390조 제②항 단서).

다만 이것만으로는 부족하기 때문에 이하에서 논의하는 바와 같은 보전 처분이나 부인권의 행사를 통해 책임재산이 빠져나가는 것을 막을 필요

74) 이는 상속채권자는 상속재산을 고려하여 대가있는 거래를 하는 경우가 보통이어서 변제를 받지 못하면 손실을 입게 되는 반면 수유자는 피상속인의 일방적 행위에 의하여 권리를 취득하는 자이므로 변제되지 않는다 해도 손실을 입는 것은 아니며, 양자를 동순위로 취급할 경우 피상속인이 상속채권자를 해할 목적으로 유증을 할 우려가 있기 때문이라고 한다. 로앤비 온주 채무자회생및파산에관한법률/이동원 제443조, 방주번호1; 伊藤 眞 外 5, 전게서, 1504

가 있다. 이에 더하여 법은 일정한 경우 차별조항도 두고 있다.

가. 파산선고 전의 보전처분

파산신청이 있는 때로부터 파산선고가 내려지기까지 상속인이 재산을 은닉하거나 처분하는 행위를 제한하고 상속채권자가 자신의 권리를 행사하여 상속채권자 사이의 공평을 해하는 것을 막을 필요가 있다. 부인권의 행사에 의하여 나중에 원상회복하는 것은 시간과 비용이 소모되고 모든 경우에 가능한 것도 아니므로 보전처분이 필요하다.⁷⁵⁾

법원은 이해관계인의 신청이나 직권으로 채무자의 재산에 관하여 가압류·가처분 그 밖에 필요한 보전처분을 명할 수 있는데(법 제323조), 실무는 채무자 소유 개개의 재산이 아닌 채무자의 모든 재산에 대하여 가압류·가처분을 하는 것도 모든 채권자를 위한 포괄집행을 보전하기 위한 것이라는 이유로 긍정하고 있는 것으로 보인다⁷⁶⁾.

한편 이러한 보전처분은 채무자의 행위만 제한할 뿐이므로 파산채권자의 강제집행, 가압류·가처분을 제한하기 위해서는 강제집행의 중지나 금지를 명하는 보전처분이 필요하다. 희생절차(법 제44조, 제45조 제①항) 및 개인회생절차(법 제593조 제①항)와 달리 파산절차에서는 개별적 중지명령제도와 포괄적 금지명령제도가 도입되지 않았으나 실무는 이를 부정할 경우 총 채권자의 공평을 저해할 우려가 있다는 이유 등을 들어 위와 같은 보전처분도 허용된다고 본다⁷⁷⁾. 그러나 이 또한 입법을 통하여 명확

75) 한편 재산분리를 청구한 상속채권자, 수익자도 상속재산의 보전을 위하여 가처분신청을 할 수 있다는 견해로 이성보, 전제논문, 162. 동 견해는 상속인이 상속재산의 관리에 관하여 요구되는 주의를 결여하거나 혹은 상속재산과 고유재산을 혼합할 우려가 있는 경우 상속재산의 봉인·목록의 작성·동산의 공탁 등의 처분을 하여 후일 분리의 집행을 용이하게 하는 처분을 인정하는 것이 마땅하다고 한다.

76) 서울중앙지방법원 파산부실무연구회, 법인파산실무(제4판), 박영사, 2014, 49 참조. 다만 위 조항이 상속재산파산에도 적용되려면 상속인을 여기서 ‘채무자’에 해당한다고 볼 수 있어야 할 것이다. 입법을 통하여 그 적용여부를 명확히 할 필요가 있다.

히 할 필요가 있을 것이다⁷⁸⁾.

나. 부인권의 행사를 통한 일탈된 책임재산의 회복

부인권은 채무자가 파산선고 전에 한 파산채권자를 해하는 행위의 효력을 파산재단과의 관계에서 부정하여 파산재단으로부터 일탈한 재산을 파산재단에 회복시키기 위한 권리이다⁷⁹⁾. 그런데 상속재산 자체를 파산자로 볼 경우 이는 처분의 주체가 될 수 없어 파산자의 행위를 대상으로 하는 부인권은 상속재산파산에 적용할 수 없게 되므로, 상속재산에 대하여 처분권을 가진 자가 상속재산에 관하여 한 행위를 파산자의 행위로 간주함으로써 그러한 행위에 대하여 부인권을 적용할 수 있도록 한 것이 법 제400조이다. 동 조는 부인권에 관한 법 제391조, 제392조, 제393조, 제398조, 제399조를 상속재산에 대하여 파산선고가 있는 경우 피상속인·상속인·상속재산관리인 및 유언집행자가 상속재산에 관하여 한 행위에 대하여 준용하고 있다(법 제400조).

다만 준용되는 규정에 포함되어 있지 않은 나머지 규정 중에 특히 부인권의 행사방법(법 제396조) 및 부인권 행사의 효과(법 제397)에 대한 규정이 포함되어 있고 나머지 조항들의 준용 또한 부인할 이유가 없다는 점을 감안하면, 위 조항이 상속재산파산에 준용하는 부인권에 관한 규정들을 위에 열거된 5개 조항에 한정하는 취지는 아니라고 보아야 할 것이다⁸⁰⁾. 따라서 이를 명확히 하는 입법론적 보완이 필요하다⁸¹⁾.

77) 법인파산실무(제4판), 51 참조

78) 참고로 일본은 2004년 파산법 개정을 통하여 파산절차에서 포괄적금지명령제도를 도입(법 제25조)하였다.

79) 전병서, 전제서, 234

80) 전병서, 전제서, 265; 양형우, 전제논문, 471

81) 우리와 동일한 태도를 취하던 일본도 2004년 파산법 개정을 통하여 상속재산에 관하여 파산선고가 있는 경우 부인권에 관한 규정을 모두 상속재산파산에 준용하는 것으로 개정하였는바 이에 대하여는 후술한다.

한편 상속채권자와 수유자 사이에서는 상속채권자가 우선하므로 수유자에 대한 변제가 있으면 이는 상속채권자를 해하게 된다. 따라서 상속재산에 대하여 파산선고가 있는 경우 수유자에 대한 변제 그 밖의 채무의 소멸에 관한 행위가 그 채권에 우선하는 채권을 가진 파산채권자를 해하는 때에는 수익자의 악의나 변제시기와 같은 별도의 요건을 구비하지 아니하였다 하더라도 그 자체만으로 이를 부인할 수 있다(법 제401조).⁸²⁾

부인 후 파산재단에 복귀한 재산으로 상속채권자에게 변제한 뒤 잉여가 있는 때에는 부인된 행위의 상대방에게 그 권리의 가액에 따라⁸³⁾ 분배하도록 하여 수유자보다 부인의 상대방을 더 보호한다(법 제402조). 이는 수유자는 대가 없이 상속재산으로부터 이익을 받는 것이므로 부인으로 불이익을 받는 부인의 상대방보다 보호의 필요성이 낮기 때문이다.⁸⁴⁾

다. 처벌조항

법은 채권자들의 이익을 해하고 파산절차의 적정한 운영을 방해하는 채무자의 행위를 처벌하는 조항[사기파산죄(법 제650조)와 과태파산죄(법 제651조)]를 두고 상속재산파산의 경우 상속인 및 그 법정대리인과 지배인에 대하여 이를 적용하여 처벌하고 있는데(법 제652조 후문), 파산선고확정이 객관적 처벌조건에 해당한다. 한편 상속인과 그 대리인, 상속재산관리인 및 유언집행자는 파산관재인인의 요청이 있을 경우 파산에 관하여 필요한 설명을 할 의무가 있고(법 제321조), 법원은 이를 위하여 필요한 경우 구인하도록 명할 수 있으며(법 제320조), 이러한 구인과 설명의무

82) 다만 일본에서는 부인권이 행사된 경우에도 수유자가 자신에 우선하는 상속채권자를 해하는 사실에 대하여 선의인 경우에는 무상부인에 있어서 상대방의 보호와 유사하게 상대방의 원상회복의 범위를 현존이익으로 한정하고 있다(제235조 제②항)

83) 파산절차가 배당에 의하여 종료된 시점에서 부인에 의하여 회복된 재산이 파산재단에 잔존하고 있으면 이는 해당 부인의 상대방에게 반환하는 것이 일반 원칙임에 반하여 상속재산파산에서만 권리의 가액에 따라 분배하는 예외적인 취급을 하는 이유가 명확치 않다는 입법론적 비판으로는 伊藤 眞 外 5, 전게서, 1515 참조

84) 伊藤 眞 外 5, 전게서, 1513; 전병서, 전게서, 280

불응에 대하여는 제재 규정이 있다(법 제653, 658조).

2. 파산신청 또는 선고 후의 상속과 파산절차의 속행

법은 제309조에서 파산신청 또는 파산선고가 있는 후에 상속이 개시된 때에는 파산절차가 상속재산에 대하여 속행된다고 규정하고 있다. 규정 취지는 파산신청 후 채무자가 사망하거나 파산선고 후 채무자가 사망한 경우 그 무렵까지 진행된 파산절차를 무효화시키고 절차를 다시 진행하는 것은 비효율적이며 특히 기존의 파산절차가 채권자의 신청에 의한 것일 경우 신청과 관련된 당해 채권자의 이익을 해할 수 있다는 데 있다⁸⁵⁾.

다만 현재 실무는 파산신청 후 상속이 개시된 경우에는 상속인의 의사와 무관하게 파산선고가 이루어지면 상속인이 상속재산에 대한 관리처분권을 상실하는 불이익을 입게 되므로 상속인에게 속행 여부에 대한 선택권을 주는 것이 타당하다는 이유로 상속인들이 미리 파산절차에 대한 속행신청을 하지 않는 경우에는 그 상속인들에게 파산절차를 속행할 것을 명하고 그에 대하여 상속인들의 속행신청이 없는 경우 파산절차를 속행의사가 없는 것으로 보아 파산신청을 각하하고 있다고 한다⁸⁶⁾.

이에 대하여는 상속재산에 대한 파산선고시 한정승인 간주조항으로 인하여 상속인의 지위에 미치는 영향이 큰 점 등을 고려할 때 상속인이 절차에 참여할 수 있도록 할 필요가 있다는 이유로 이를 긍정하는 견해⁸⁷⁾가 있다.

85) 로앤비 온주 채무자회생및파산에관한법률/윤강열 제308조, 방주번호1

86) 개인파산·회생실무(제4판), 74

87) 김주미, 전제논문, 322. 동 견해는 한정승인간주로 인하여 상속포기를 할 수 없어 파산절차에서 상속재산 처분에 따른 취득세 등이 부과되는 불이익이 있으며 상속재산의 규모가 클수록 그 차이가 매우 클 수 밖에 없다고 한다.

이와 관련하여 일본은 2004년 법 개정 전에는 우리와 동일한 규정 태도를 취하고 있었는데 파산신청 후 선고 전 사망의 경우 파산절차가 중단되는지에 대하여 견해 대립이 있었고 중단을 긍정하는 견해가 유력하였다⁸⁸⁾. 이에 법 개정을 통하여 종전과 달리 이 경우는 당연 속행이 아니라 상속개시 후 1월 이내에 상속채권자 등의 신청이 있는 경우에 한하여 속행하고 그렇지 않은 경우 그 기간이 경과되었을 때 당연종료되는 것으로 바꾸었다(제226조)⁸⁹⁾.

그럼에도 위 견해는 법 개정 없이 개정된 일본법의 태도와 사실상 동일한 효과를 얻고 있는바 법해석의 한계를 벗어난 것이라는 비판이 가능하여 입법을 통한 보완이 필요하다.

한편 파산선고 후 채무자가 사망한 경우는 이미 파산선고에 의하여 파산선고시를 기준으로 하여 파산재단과 파산채권자가 고정되어 있으므로 종래 피상속인의 사망시까지 진행되어 온 파산절차가 그대로 진행되는 것에 불과하여 상속재산파산과는 절차적으로 차이가 있다.

3. 상속재산파산과 상속인의 파산

가. 상속재산과 상속인에 대하여 모두 파산선고가 있는 경우

88) 山本和彦, 전계논문, 538-540; 로앤비 온주 채무자회생및파산에관한법률/윤강열 제308조, 방주번호3은 우리도 민사소송법 제233조 이하의 소송절차의 중단, 수계에 관한 규정이 준용될 필요가 있다고 하면서 그 근거로 (i) 절차의 ‘속행’이라는 문언이 절차의 중단을 배제하는 것으로 해석할 필요가 없고, (ii) 파산절차를 둘러싼 다수의 이해관계는 파산선고 이후에 비로소 현실화되는 것이어서 이 단계에서는 당사자 특히 채무자의 이해가 중시되어야 한다는 점 등을 든다; 전병서, “상속과 파산-입법적 검토를 겸하여-”, 인권과 정의, 2003. 10, 116도 참조

89) 伊藤 眞 外 5, 전거서, 1491. 이에 따르면 개정이유는 실제로 많은 사건이 동시폐지를 노린 파산신청 사례로 파산선고 및 동시폐지 결정 전에 채무자가 사망할 경우 그 파산사건을 당연히 속행해야 할 실익이 크지 않고, 상속인의 부존재, 소재불명 또는 상속인 전원이 상속을 포기하고 상속재산관리인도 선임되지 않은 경우와 같이 더 이상 신청을 유지할 필요가 없는 파산사건을 종료시킬 수단이 필요했던 점 등이라고 한다.

1) 상속재산 및 상속인의 파산(제435조)

법 제435조는 “상속재산 및 상속인에 대하여 파산선고가 있는 때에는 상속채권자 및 유증을 받은 자는 그 채권의 전액에 관하여 각 파산재단에 대하여 파산채권자로서 그 권리를 행사할 수 있다.”고 규정한다. 상속재산과 상속인 모두에 대하여 파산선고가 있는 경우 상속채권자 및 수익자는 상속재산에 대한 파산절차에 참여할 수 있을 뿐만 아니라 상속인에 대한 파산절차에서도 상속에 대하여 한정승인이나 한정승인의 효력이 발생한 경우에 해당하지 않는 한(법 제436조) 채권 전액을 파산채권으로 행사할 수 있다는 것이다⁹⁰⁾.

그런데 이 점은 상속재산파산과의 관계에서는 당연한 규정에 불과하고, 상속인의 파산에 대하여는 짚고 넘어가야 할 문제가 있다.

위 조항은 일본의 파산법 제231조 제①항과 동일한 내용인바, 일본은 우리와 달리 상속재산파산에 한정승인과 같은 효력을 부여하지 않고 있기 때문에 이러한 서술이 가능하다. 그러나 우리는 2005. 3. 채무자회생및파산에관한법률의 제정시 상속재산에 대하여 파산선고시 한정승인 간주효를 인정하는 법 제389조 제③항을 신설하였으므로 법 제435조는 위 조항과 모순된다.

결국 위 조항은 상속인이 민법 제1026조 제3호에 의하여 단순승인으로 간주되는 경우(법 제389조 제③항 단서)에 한하여 적용될 수 있을 뿐인데 이 또한 단순승인의 당연한 귀결이라는 점에서 입법론상 재검토를 요한다⁹¹⁾.

90) 로앤비 온주 채무자회생및파산에관한법률/김정만 제435조, 방주번호1; 伊藤 眞 外 5, 전게서, 1503

상속인이 민법 제1026조 제3호에 의하여 단순승인으로 간주되는 경우 상속채권자와 수유자는 그 채권의 전액에 관하여 각 파산재단에 대하여 파산채권자로서 권리를 행사할 수 있다. 이 경우 채권액의 기준시는 각 파산절차의 파산선고시이며 그 중 하나의 절차에서 일부 배당이 이루어진 다 하더라도 상속채권자와 수유자의 채권액이 배당액만큼 감소되지 않는다. 다만 그 중 하나의 절차에서 먼저 파산선고가 이루어지고 배당까지 이루어지고 난 뒤에 다른 절차에서 파산선고가 있는 경우에는 후행하는 파산절차에서 상속채권자와 수유자가 행사할 수 있는 파산채권액은 종전 파산절차에서 배당받은 금액을 공제한 후행 파산선고 당시의 채권액이 될 것이다⁹²⁾.

2) 상속재산 및 상속인의 파산재단의 순위(제445조)

상속재산에 대하여는 상속채권자 및 수유자만이 채권을 행사할 수 있는 반면, 상속인의 파산재단에 대하여는 법 제445조가 “상속재산 및 상속인에 대하여 파산선고가 있는 때에는 상속인의 채권자의 채권은 상속인의 파산재단에 대하여는 상속채권자 및 유증을 받은 자의 채권에 우선한다.”고 규정하여 상속채권자, 수유자 및 상속인의 채권자가 모두 자신의 채권을 행사할 수는 있으나 상속인의 채권자의 채권이 우선한다고 한다.

그런데 앞서서도 이미 살펴본 바와 같이 상속재산에 대한 파산선고시 한정승인 간주효를 인정하는 법 제389조 제③항 본문의 신설로 인하여 상속채권자 및 수유자는 상속인의 고유재산에 대하여 파산채권자로 권리행사를 하는 것이 원칙적으로 불가능하므로 위 조항 또한 상속인이 민법

91) 최준규, 전계논문(각주15), 200 각주 292); 일본에서 이와 유사한 의견으로 山本和彦, 전계논문, 547-548 참조.

92) 김주미, 전계논문, 328

제1026조 제3호에 의하여 단순승인으로 간주되는 경우(법 제389조 제③항 단서)에 한하여 적용될 수 있을 뿐이다⁹³⁾⁹⁴⁾.

그리고 상속인이 단순승인으로 간주되는 경우 상속인의 채권자가 상속인의 파산재단으로부터 우선적인 만족을 얻고 잔여재산이 있는 경우에 한하여 상속채권자 및 수유자가 그로부터 만족을 얻게 되는데, 이 경우 상속채권자와 수유자 사이의 우열에 대하여는 명시적인 규정은 없으나 법 제443조를 유추하여 상속채권자의 채권이 우선한다고 봄이 타당할 것이다⁹⁵⁾.

나. 상속인의 파산

법은 상속인이 파산한 사건에서 상속재산이 있는 경우 이를 둘러싼 상속채권자와 수유자, 그리고 상속인의 채권자 간의 이해관계를 조절하기 위

93) 이러한 견해로 최준규, 전제논문(각주15), 127 각주 13). 나아가 이 견해는(같은 논문, 196-197) 상속인에게 민법 제1026조 제3호 사유가 발생한 경우에도 상속재산 파산이 선고된 이상 별도로 상속인에 대한 파산선고 없이 그 자체만으로 상속인의 고유재산에 대한 상속인의 채권자의 우선권은 관철된다고 구성함이 간명하다고 한다.

현재 상속재산파산사건에서 상속인에 대한 파산선고가 추가로 있지 않는 한 상속채권자는 상속인의 채권자와 상속인의 고유재산에 대하여 동순위에 있고 상속인에 대한 파산선고가 있는 경우에 한하여 상속인의 채권자가 상속인의 고유재산으로부터 우선적 지위를 인정받는다. 단순승인과 재산분리는 양립할 수 있고(민법 제1048조 제①항) 이는 단순승인간주효과 미치는 경우에도 동일하여 이 경우에도 상속인의 채권자가 재산분리신청을 할 수 있다.

그런데 여기에서 별도의 신청절차를 생략하고 상속재산의 파산선고만으로 쌍방향의 완전한 재산분리를 인정한다면 상속인의 채권자를 과보호하는 것은 아닌지 의문을 제기할 수도 있으나 현실적으로 상속인의 채권자가 상속인의 상황을 알고 신청권을 적절히 행사하는 것이 용이하지 않은 점, 법 제385조가 상속인의 파산선고가 상속인의 채권자의 신청에 의한 것인지를 묻지 않고 파산선고 후 단순승인이 파산재단에 대하여 한정승인의 효력을 갖는 것으로 규정하고 있는 점을 고려하면 충분히 가능한 논리라고 생각된다.

94) 이러한 점에서 로앤비 온주 채무자회생및파산에관한법률/이동원 제445조, 방주번호1은 위 조항의 규정취지에 대하여, 상속재산 및 상속인에 대하여 모두 파산선고가 있는 경우 상속채권자와 수유자가 양 절차에서 모두 배당을 받을 수는 있으나, 상속재산의 파산재단에 대하여는 권리행사가 불가능한 상속인의 채권자와의 균형을 피하기 위하여, 상속인의 파산재단에 관한 배당에 관하여는 상속인의 채권자의 채권이 상속채권자 및 유증을 받은 자의 채권에 우선하도록 한 것이 본조의 취지라고 기술하고 있으나, 이는 법개정으로 인하여 수정이 불가피하다 하겠다.

95) 로앤비 온주 채무자회생및파산에관한법률/이동원 제445조, 방주번호3

한 규정을 별도로 마련하고 있다. 이해의 편의를 위하여 상속개시와 파산선고 시점을 기준으로 경우의 수를 나누어 살펴본다.

1) 상속인이 파산선고를 받은 후 상속이 개시된 경우

상속인의 파산선고 후 상속재산을 취득한 경우 이는 “채무자가 파산선고 당시에 가진 재산”(법 제382조 제①항)에 해당하지 아니하여 파산재단을 구성하지 아니하며, 파산절차는 상속인이 파산선고 당시 가지고 있던 재산에 대하여만 진행된다.

2) 상속개시 후 상속인이 상속재산에 대하여 승인 또는 포기를 하고 파산선고를 받은 경우

가) 승인 또는 포기의 효력

상속인이 상속재산에 대하여 한 승인 또는 포기는 유효하고 이 경우 파산선고시에 확정된 파산재단 및 파산채권에 대하여 파산절차가 진행된다.

나) 상속채권자 수유자, 상속인의 채권자의 지위

(1) 단순승인한 경우

상속채권자, 수유자도 채권 전액을 가지고 상속인의 고유재산에 대하여 상속인의 채권자와 우열 없이 권리를 행사할 수 있다.

(2) 재산분리가 이루어진 경우

상속인이 파산선고를 받은 경우에는 재산의 분리가 있는 때에도 상속채권자 및 수유자는 그 채권의 전액에 관하여 파산재단에 대하여 파산채권자로서 그 권리를 행사할 수 있다(법 제434조)⁹⁶⁾. 다만 상속채권자와 수유자는 상속재산으로써 전액의 변제를 받을 수 없는 경우에 한하여 상속인의 고유재산으로부터 그 변제를 받을 수 있고(민법 제1052조 제①항), 이 경우 상속인의 채권자는 상속인의 고유재산으로부터 우선변제를 받을 권리가 있다(민법 제1052조 제②항). 즉 재산분리가 있으면 상속채권자와 수유자는 상속인의 고유재산에 대하여 상속인의 채권자보다 후순위가 된다.

(3) 한정승인이 이루어진 경우

파산선고를 받은 상속인이 한정승인을 한 때에는 상속채권자와 수유자는 그 상속인의 고유재산에 대하여 파산채권자로서 그 권리를 행사할 수 없다(법 제436조). 상속인은 상속으로 인하여 취득할 재산의 한도에서 상속채권자와 수유자에 대한 채무를 변제할 책임을 부담하기 때문이다(민법 제1028조).

3) 상속개시 후 상속재산파산 신청 기간 내⁹⁷⁾에 이루어진 신청에 의하여 파산선고를 받은 경우

상속재산에 대한 파산신청기간 안의 신청에 의하여 상속인에 대한 파산선고가 있는 때에는 상속인의 채권자의 채권은 그 고유재산에 대하여 상

96) 결국 위 조항은 상속채권자도 파산채권자로서 상속인의 고유재산에 대하여 권리를 행사할 수 있다는 취지를 선언한 것에 불과하여 입법론상 삭제함이 타당하다는 견해로 최준규, 전게논문(각주15), 200 각주 292)

97) 한편 위 신청 기간을 도과한 후에 이루어진 신청에 의하여 파산선고를 받은 경우 로앤비 온주 채무자회생및파산에관한법률/이동원 제444조, 방주번호4는 상속재산과 상속인의 고유재산이 혼합되어 청산이 이루어지므로 상속채권자와 상속인의 채권자가 동순위로 변제를 받게 되고, 그 후에 수유자가 변제를 받는 것이 타당하다고 한다. 그러나 이에 대하여 수유자도 동순위로 보아야 한다는 견해로, 최준규, 전게논문(각주15), 127 각주 14)

속채권자 및 수유자의 채권에 우선하고, 상속채권자 및 수유자의 채권은 상속재산에 대하여 상속인의 채권자의 채권에 우선한다(법 제444조).

상속인이 파산선고를 받기 전에 재산분리가 이루어진 것은 아니나, 상속 재산에 대한 파산신청기간 안의 신청에 의하여 상속인에 대한 파산선고가 있는 경우 공평의 관점에서 재산분리의 청구가 없더라도 재산분리가 있는 경우와 마찬가지로 상속채권자와 수유자, 상속인의 채권자 간에 배당의 우열을 정하고 있는 것이다.⁹⁸⁾

신청의 주체는 상속인 외에도 상속채권자나 상속인의 채권자도 무방하며 파산신청기간 안에 신청이 있으면 족하고 위 기간 안에 파산선고가 있을 것을 요하지 아니한다⁹⁹⁾.

다만 그 요건 중 “상속재산에 대한 파산신청기간 안의 신청”이 있었는지와 관련하여 법 제300조 후문에서는 “한정승인 또는 재산분리가 있는 때에는 상속채권자 및 수유자에 대한 변제가 아직 종료하지 아니한 동안에도 파산신청을 할 수 있다”고 규정하고 있으나, 이는 상속인이 상속개시 있음을 안 날로부터 3개월 이내에 한정승인 또는 재산분리가 있는 것을 전제로 하고 있는 것으로 이는 앞서 논의한 바와 같이 재산분리 또는 한정승인에 따른 효과로서 채권의 행사여부 및 배당의 순위가 정해지면 족하다. 따라서 법 제300조 후문의 경우는 법 제444조가 적용되지 않는다¹⁰⁰⁾.

98) 전병서, 전게서, 208; 김주미, 전게논문, 348; 伊藤 眞 外 5, 전게서, 1531은 그 이유에 대하여 상속재산에 대한 파산신청기간에 상속인이 단순승인한 경우 본래는 그 단순승인에 의하여 피상속인의 일체의 권리의무가 상속인에게 승계되는데, 이 기간 중 상속인에 의하여 파산신청이 있는 때에는 상속채권자와 상속인의 채권자로서는 재산분리의 청구를 하지 않아도 상속인에 대한 파산선고가 있으면 상속재산 및 상속인의 고유재산에 관하여 각각 별개의 청산절차가 행해질 것이라는 기대를 하게 되고 그러한 기대는 보호되어야 한다고 설명한다.

99) 伊藤 眞 外 5, 전게서, 1532

100) 김주미, 전게논문, 348; 같은 취지로 伊藤 眞 外 5, 전게서, 1532; 반면 법 제300조 후문을 구분하지 않고 본조가 적용된다는 견해로 로앤비 온주 채무자회생및파산에관한법률/이동원 제

또한 위 조항은 상속인에 대하여만 파산선고가 있고 상속재산에 대하여는 파산선고가 없는 경우에 한하여 적용된다고 보아야 한다¹⁰¹⁾.

그 이유는 두 가지인데, 첫째, 법 제444조 전단은 “상속인의 채권자의 채권은 그 고유재산에 대하여 상속채권자 및 수유자의 채권에 우선”한다고 규정하고 있는바 상속재산에 대하여 파산선고가 있는 경우에는 원칙적으로 파산선고시 한정승인 간주효가 인정(법 제389조 제③항 본문)되기 때문에 상속채권자 및 수유자가 상속인의 고유재산에 대하여 자신의 권리를 행사할 수 없으므로 상속인의 고유재산에 대하여 상속인의 채권자와 상속채권자 및 수유자간에 우열을 논할 실익이 없고, 상속인이 민법 제1026조 제3호에 의하여 단순승인으로 간주되는 경우(법 제389조 제③항 단서)라 하더라도 법 제445조에 의하여 해결하면 족하기 때문이다. 둘째, 법 제444조 후단 또한 “상속채권자 및 수유자의 채권은 상속재산에 대하여 상속인의 채권자의 채권에 우선한다”고 규정하고 있으나, 상속재산에 대하여 파산선고가 있는 때에는 상속인의 채권자는 그 파산재단에 대하여 파산채권자로서 그 권리를 행사할 수 없기 때문에(법 제438조) 별도로 상속채권자 및 수유자의 채권과 상속인의 채권자의 채권 사이에 우열을 논할 실익이 없다.

4) 상속개시 후 상속인이 파산선고를 받고 상속재산에 대하여 승인 또는 포기를 한 경우

가) 규정취지

파산선고 전에 채무자를 위하여 상속개시가 있는 경우 채무자가 파산선고 후에 한 단순승인이나 상속포기는 모두 파산재단에 대하여는 한정승

444조, 방주번호2 참조

101) 로엔비 온주 채무자회생및파산에관한법률/이동원 제444조, 방주번호2

인의 효력을 가진다(법 제385조, 법 제386조 제①항). 상속 개시 후 상속인은 상속의 승인이나 포기를 선택할 수 있으나 상속 개시 후 채무자에 대하여 파산선고가 있었던 경우라면 파산선고 당시를 기준으로 구성된 파산재단이 파산선고 이후에 이루어진 채무자의 행위에 의하여 영향을 받을 수 있기 때문에 이를 막기 위하여 상속인의 단순승인이나 포기의 효력을 한정승인의 효력만 가지는 것으로 제한함으로써 파산채권자들의 이익을 보호하고자 둔 것이 위 규정들이다.¹⁰²⁾

나) 한정승인의 효력을 가진다는 것의 의미

이는 상속재산 전체에 대하여 한정승인절차가 시작되는 것을 의미하는 것은 아니고 다만 채무자가 상속해야 할 상속재산을 대상으로 한정승인 절차와 마찬가지로 그 재산을 한도로 청산하는 절차를 파산절차로 행하는 것을 의미한다¹⁰³⁾. 그에 따르면 채무자는 상속포기의 경우에도 자신이 상속해야 하는 상속재산에 대하여는 한정승인의 효력을 가지는 결과 예컨대 그가 공동상속인 중 1인이라면 공동상속인들 사이에 이루어지는 상속재산분할협의를에 참가할 권한을 가지게 되고 파산관재인은 여기에 이해관계인으로 참가할 수 있다.¹⁰⁴⁾ 단순승인에는 단순승인이 간주되는 경우도 포함되나 파산선고 후 파산재단에 속하는 재산의 관리처분권이 파산관재인에게 귀속되는 결과 상속인이 법적인 처분을 할 여지는 없고 주로 사실행위가 문제된다.¹⁰⁵⁾

그리고 한정승인의 효력은 파산재단에 대하여만 미치는 것이므로 파산절차가 종료된 후에는 종전에 상속인인 채무자가 한 단순승인이나 상속포

102) 로앤비 온주 채무자회생및파산에관한법률/고일광 제385조, 방주번호1 및 로앤비 온주 채무자회생및파산에관한법률/고일광 제386조, 방주번호1; 伊藤 眞 外 5, 전게서, 1519

103) 伊藤 眞 外 5, 전게서, 1522

104) 로앤비 온주 채무자회생및파산에관한법률/고일광 제386조, 방주번호2; 伊藤 眞 外 5, 전게서, 1524

105) 伊藤 眞 外 5, 전게서, 1520

기의 의사표시는 그대로 효력을 가진다. 따라서 파산절차가 종료된 뒤 잔여재산이 있는 경우 상속인이 단순승인한 경우에는 상속인의 고유재산에 편입되고 상속채권자는 여기에 자신의 권리를 행사할 수 있다.¹⁰⁶⁾ 한편 상속포기한 경우에는 공동상속인이나 후순위상속인에게 귀속되며, 파산절차에서 배당되고 남은 상속채무가 있는 경우 상속인이 상속을 포기하였다면 후순위 상속인이 별도로 한정승인이나 포기를 하지 않는 한 상속인으로서 채무를 부담할 수 있다.¹⁰⁷⁾

다) 상속채권자 수유자 및 상속인의 채권자의 지위

한편, 법 제385조 또는 제386조 제①항의 규정에 의하여 한정승인의 효력이 있는 때에도 상속채권자와 수유자는 그 상속인의 고유재산에 대하여 파산채권자로서 그 권리를 행사할 수 없다(법 제436조 후문). 따라서 상속인의 채권자만이 상속인의 고유재산에 대하여 파산채권자로 권리를 행사할 수 있다.

라) 파산관재인에 의한 상속포기의 승인

파산관재인은 파산선고 후 채무자가 한 상속포기가 파산재단에 대하여 한정승인의 효력을 가지는 경우에도 채무자의 상속포기의 효력을 그대로 인정할 수 있다(법 제386조 제②항 전문). 이는 상속재산의 채무초과가 명백한 경우 상속재산과 채무자의 고유재산을 별도로 관리해야 하는 파산관재인의 부담을 경감시키기 위한 것이라고 설명된다¹⁰⁸⁾.

106) 로앤비 온주 채무자회생및파산에관한법률/고일광 제385조, 방주번호8; 伊藤 眞 外 5, 전게서, 1524

107) 로앤비 온주 채무자회생및파산에관한법률/고일광 제386조, 방주번호2; 다만 이 경우 상속의 후순위에 있는 자를 보호하기 위하여 숙려기간의 기산점을 파산절차의 종료 후로 완화하여 해석할 필요가 있다는 견해로 伊藤 眞 外 5, 전게서, 1524 참조

108) 김주미, 전게논문, 350; 伊藤 眞 外 5, 전게서, 1525-1526

이 경우 파산관재인은 포기가 있는 것을 안 날부터 3월 이내에 그 뜻을 파산법원의 허가를 받아(법 제492조 제6호)¹⁰⁹⁾ 가정법원에¹¹⁰⁾ 신고하여야 한다(법 제386조 제②항 후문).

5) 상속인의 파산과 한정승인, 재산분리의 관계

상속인에 대한 파산선고는 한정승인 또는 재산분리에 영향을 미치지 아니한다(법 제346조 본문). 다만, 한정승인이나 재산분리는 파산취소 또는 파산폐지의 결정이 확정되거나 파산종결의 결정이 있을 때까지 그 절차를 중지해야 한다(법 제346조 단서).¹¹¹⁾

한편 이 경우 상속재산의 관리 및 청산의무의 주체와 관련하여 법 제503조 제①항은 상속인이 파산선고를 받은 후에 한정승인을 하거나 재산분리가 있는 경우, 한정승인 또는 재산분리가 있는 후에 상속인이 파산선고를 받은 경우 상속재산의 처분은 파산관재인이 하여야 한다고 규정하고 있으며, 이는 상속인이 파산선고 후에 한 단순승인이나 상속포기가

109) 이는 파산재단에 중요한 영향이 있어 신중한 처리가 필요하기 때문에 별도로 법원의 허가를 받도록 하고 있다. 로앤비 온주 채무자회생및파산에관한법률/심할집 제492조, 방주번호7

110) 김주미, 전게논문, 350 여기서 신고법원은 가정법원으로 보아야 한다고 한다. 참고로 일본 개정 파산법 제238조 제②항 후단도 이와 동일하게 규정하고 있다. ; 伊藤 眞 外 5, 전게서, 1526도 참조

111) 전병서, 전게논문, 113은 이미 상속재산에 대한 파산절차가 진행하고 있는 경우에는 한정승인 또는 재산분리에 의한 청산절차보다도 파산절차 쪽이 엄격하면서 적절한 청산을 할 수 있으며 따라서 병행하여 한정승인 또는 재산분리에 의한 청산절차를 진행하는 것은 중복되어 무익하기 때문이라고 한다.

다만 이와 관련하여 개정 일본 파산법은 우리처럼 상속재산파산과 상속인의 파산을 함께 규정하고 있던 구법과 달리 상속재산파산(§228)과 상속인의 파산(§239)을 구별하여 별도로 규정하고 후자의 경우에는 우리와 같이 일률적으로 파산절차가 종결될 때까지 한정승인과 재산분리절차가 중지되도록 하는 대신 파산선고를 받은 당해 상속인만이 상속재산에 대하여 채무를 변제할 권한을 가진 경우에 한하여 중지를 인정하고 있다. 공동상속인 중 1인에 대하여 파산절차가 개시된다 하더라도 파산선고를 받은 상속인이 재산관리인이 되지 않는 한 한정승인이나 재산분리절차를 진행하는데 별다른 차질이 없다는 것이 그 이유이다. 그리고 한정승인이나 재산분리절차가 속행된 경우 이러한 절차에서 받은 변제와 파산절차와의 조정규정을 별도로 두고 있다(동법 제241조). 자세한 내용은 伊藤 眞 外 5, 전게서, 1495-1497, 1527-1529, 1534-1537 참조

파산재단에 대하여 한정승인의 효력을 가지는 경우에도 동일하다(법 제 504조, 제385조, 제386조 제①항).¹¹²⁾

이 경우 파산관재인은 상속재산과 상속인의 고유재산 모두에 대하여 관리처분권을 가지고 이를 함께 취급하더라도 한정승인과 재산분리에 따른 효과 즉 상속재산에 대하여는 상속채권자 및 수유자가, 상속인의 고유재산에 대하여는 상속인의 채권자가 우선하도록 하는 효과를 존중하여야 하므로, 상속재산과 상속인의 고유재산을 별도로 관리, 처분하여 상속재산에 관하여는 상속채권자 및 수유자에게 변제한 후 남은 재산이 있는 경우 이를 상속인의 채권자에게 변제하는 방식을 취하게 된다¹¹³⁾. 그래서 이를 위한 준비작업으로 법은 파산관재인에게 잔여재산에 대하여 파산재단의 재산목록 및 대차대조표를 보충하도록 하고 있다(법 제503조 제②항).

제 4 장 입법론 : 상속재산파산을 중심으로 한 청산절차의 일원화

제 1 절 서론

112) 이 조항의 규정취지에 대하여 로앤비 온주 채무자회생및파산에관한법률/심활섭 제503조, 방주번호1은 한정승인이나 재산분리가 이루어지면 민법이 상속인 또는 상속재산관리인에게 상속재산의 관리·청산의무를 부담시키고 있으므로 상속인의 파산관재인의 관리처분권의 범위에 의문이 생길 수 있어 이러한 경우에도 상속재산의 관리처분권이 상속인이나 상속재산관리인이 아닌, 파산관재인에게 속하여야 함을 명백히 한 것이라고 한다.

113) 로앤비 온주 채무자회생및파산에관한법률/심활섭 제503조, 방주번호1; 로앤비 온주 채무자회생및파산에관한법률/고일광 제385조, 방주번호8

현재의 한정승인제도는 시간과 비용이 적게 드는 간이한 청산제도이긴 하나, 지금까지 논의한 바와 같이 상속채권자의 보호에 취약한 한계 외에도 절차면에서 의무적으로 요구되는 채권자에 대한 신문 공고 절차(민법 제1032조 제②항, 제88조 제③항, 비송사건절차법 제65조의2)가 신문 구독을 자체가 과거보다 크게 낮아져 실효성이 크게 떨어지고, 청산할 적극재산 자체가 전혀 없는 경우에는 불필요한 공고비용의 낭비를 초래할 뿐이며¹¹⁴⁾, 상속채무에 대한 배당변제 또한 법적 지식이 제대로 갖추어지지 못한 일반인이 안분배당의 방법이나 배당의 우선순위를 정확하게 이해하고 적용하는 것이 쉽지 않은데 그럼에도 불구하고 이를 해태할 경우 부당변제 등으로 인한 책임(민법 제1038조 제①항)을 지우고 있어¹¹⁵⁾ 이에 대한 입법적 보완이 필요하다.

한편 법이 파산선고시 한정승인한 것으로 간주하고 있기 때문에(법 제389조 제③항 본문). 파산신청이 각하, 기각되거나 파산취소되는 경우에는 이러한 효과가 인정되지 않고, 한정승인신청에 기간 제한 또한 있기 때문에 상속인으로서 상속재산파산신청시 불가피하게 이와 별도로 한정승인을 신청하거나, 아니면 한정승인을 신청한 뒤 한정승인에 따른 청산절차의 번거로움을 피하기 위하기 위한 목적으로 추가로 상속재산파산제도를 이용해야 한다. 그러나 한정승인신고나 상속재산파산신청을 하는 상속인의 의사는 상속재산의 한도에서 상속채무를 부담하고자 하는 것이라 할 수 있다는 점에서 상속인에게 양자의 신청을 별도로 요구하는 것은 지나치다.¹¹⁶⁾

114) 이 때문에 아무런 재산도 상속받지 못한 한정승인자는 공고절차를 이행할 필요가 없다는 의견으로 임영수, “한정승인의 심판절차와 상속채무의 배당변제에 관한 고찰”, 가족법연구 제25권 3호, 18 참조

115) 한편 한정승인자가 공고절차를 해태하여도 한정승인 수리의 효력에는 영향이 없고 다만 손해배상의 책임만 부담하는 이유에 대하여 임영수, 전제논문, 19는 이 책임이 한정승인자의 고유재산으로 이행되어지고 결과적으로 채무를 변제받는 효과가 있기 때문에 굳이 수리의 효력을 부인할 이유가 없고 그 효과도 사실상 상속의 단순승인과 다를 바 없기 때문에 한정승인의 폐지와 같은 의미로써 기능하기 때문이라고 한다.

116) 한정승인제도의 문제점에 대한 자세한 논의로 최준규, “한정승인 제도의 문제점과 입법론”,

이에 여기서는 기존의 한정승인제도와 사실상 거의 이용되지 않고 있는 재산분리제도를 폐지¹¹⁷⁾하고 상속재산을 둘러싼 법률관계의 처리를 상속재산파산제도로 일원화¹¹⁸⁾하여 이를 중심으로 상속재산을 둘러싼 상속채권자와 상속인, 그리고 상속인의 채권자의 이해관계를 조절할 것을 제안하고자 한다.

그 구체적인 방안으로

첫째로, 상속재산의 가치가 거의 없고 채무초과가 명백한 경우 상속인이 저렴한 비용으로 상속재산을 한도로 한 상속인의 유한책임의 결과를 향유할 수 있도록 하고,

둘째로, 이와 달리 상속재산의 규모가 크고 다수의 채권자들의 이해관계가 관여된 경우에는 상속채권자간의 공정한 청산에 중점을 둔 제도로서

법률신문(2019. 4. 8.) 참조

117) 현행 재산분리제도는 한정승인의 청산에 대한 규정을 거의 그대로 준용하고 있어 상속재산에 대한 청산기능이 미흡한 반면 상속재산파산제도를 이용하게 되면 보전처분과 부인제도를 통하여 상속재산의 부당한 감소를 막고 권리관계가 복잡한 사건에서 엄격한 청산절차를 통하여 효과적인 환가와 공평한 변제를 도모할 수 있는 장점이 있어 상속재산파산제도를 활성화한다면 굳이 재산분리제도를 존치시킬 이유가 없다.

다만 이 때문에 상속인의 채권자에 대한 보호가 약화될 수 있어서 이를 막기 위하여 상속인의 채권자에게도 신청권을 부여할 필요가 있는지 고민이 필요하다. 이에 대하여는 이를 인정하더라도 상속인의 채권자는 재산분리와 달리 청산절차에 참여할 수 없다는 점, 재산분리제도 자체가 거의 활용되고 있지 않아 이를 인정할 실익이 크지 않은 점, 상속인의 파산을 통해 보호받을 길이 열려 있다는 점 등을 이유로 소극적인 견해도 있을 수 있으나(재산분리와 관련하여 상속인의 채권자를 신청권자로 인정하는 것에 소극적인 견해로 이정보, 전계논문, 147 참조), 재산분리제도에서 상속인의 채권자의 신청권을 인정한 입법자의 의사는 존중되어야 하고, 활용빈도가 낮다 하더라도 채무초과 상태가 심각한 상속재산으로 인하여 상속인이 채무초과에 빠질 위험이 있는 단계에서 상속인의 채권자를 보호할 필요성이 인정되는 만큼 상속재산이 채무초과인 경우에 한하여 이를 인정함이 타당하다(최준규, 전계논문(각주15), 192-193 참조. 다만 이 견해는 상속인에게도 고유재산을 통한 변제나 담보제공 등으로 상속인의 채권자의 신청을 저지할 권한을 부여함이 균형에 맞다고 한다).

118) 물론 이를 위해서는 법개정을 통하여 현재 가정법원의 관할에 속하는 상속에 관한 사건을 청산절차의 전문법원인 회생법원의 관할로 변경하는 것이 수반되어야 할 것이다.

상속재산파산제도가 이용될 수 있도록 그 신청원인과 신청기간을 확대하고 상속인의 신청의무를 강제할 필요가 있으며,

셋째로, 상속재산파산의 신청원인에 해당하지 아니하면서도 상속재산에 대한 청산이 필요한 수요를 충족시키기 위하여 독일의 상속재산관리제도와 유사한 상속재산청산제도를 도입하고,

넷째로, 기타 현행 상속재산파산제도에서 정비가 필요한 부분을 언급하고자 한다. 이하에서 차례로 살펴본다.

제 2 절 간이한 청산절차 수요의 흡수방안

1. 동시폐지의 활성화

상속재산의 가치가 거의 없고 채무초과가 명백한 상속재산의 경우 현행 법에 따르더라도 파산절차의 비용을 충당하기에 부족하다고 인정되는 때에 해당하여 파산선고와 동시에 파산폐지 결정을 할 수 있고(법 제317조) 이 경우 파산관재인이 선임이 불필요하므로 인지대, 송달료 정도의 절차비용¹¹⁹⁾만으로도 파산제도의 이용이 가능하다.¹²⁰⁾

119) 민사접수서류에 붙일 인지액 및 그 편철방법 등에 관한 예규(재민 91-1, 2018. 6. 7. 개정 [재판예규 제1692호, 시행 2018. 7. 1.]에 따르면 상속재산파산신청의 인지대는 채권자 신청시 30,000원, 채무자 신청시 1,000원이고, 송달료규칙의 시행에 따른 업무처리요령(재일 87-4, 2018. 2. 19. 개정[재판예규 제1684호, 시행 2018. 3. 1.]에 따르면 이 경우 송달료의 당사자 1인당 납부기준은 10회 + (채권자수 x 4회)이다. 참고로 한정승인선고의 경우 인지액은 청구인별 각 5,000원(가사소송수수료규칙 제3조 제①항, 제5조 제③항 2호)이고 송달료는 (청구인수 x 6회)이다. 한편 2019. 5. 1.기준 법원송달료 납부시 기준이 되는 당사자 1인당 1회 송달료는 4,800원이다.

120) 실무는, 법인의 경우는 자산의 파악이 쉽지 않고 부채액이 다액이며 나중에 부인의 대상이 발견되는 등으로 파산관재인을 선임해야 할 필요가 있는 경우가 많고 동시폐지 후 재산이 발견되면 절차가 번잡해지는 등의 이유로 동시폐지를 가급적 지양하고 있고 동시폐지결정을 하더라도 그에 앞서 채권자에게 회사의 상태를 알리고 환가할 만한 재산이 있는지 등에 대하여

그리고 이 경우 비용 부족을 이유로 동시폐지되더라도 파산선고에 따른 재산분리의 효력은 유지되는 것이 타당하다¹²¹⁾. 구성할 파산재단이 없어 상속인의 채권자가 권리를 행사하는 경우를 상정하기 어려우나 파산재단에 대한 상속인의 채권자의 권리행사를 금하고 있는 법 제438조의 취지는 관철되어야 할 것이고, 상속채권자나 수유자가 상속인의 고유재산에 권리를 행사하는 것 또한 법 제389조 제③항에 의한 한정승인간주효에 의하여 제한된다고 보아야 할 것이다.

한편 동시폐지 후 상속채권자가 상속인을 상대로 소 제기하는 것 자체를 막을 것인가에 대하여 이를 긍정하면서 상속인에게 상속채무에 대한 면책신청권을 인정하거나 상속인의 책임을 면제하는 규정을 도입하자는 견해가 있다¹²²⁾. 그러나 나중에 추가로 상속재산이 발견될 경우도 있을 수 있어 시효중단의 필요성이 있는 점, 예외적으로 법 제389조 제③항 단서의 경우 상속채권자가 상속인을 상대로 권리행사가 가능하므로 소구할 실익이 없다고 단정할 것은 아니라는 점에서 이를 허용함이 타당하다¹²³⁾.

의견조회를 하고 있다고 한다(자세한 내용은 법인파산실무(제4판), 498). 그런데 상속재산파산의 경우에는 상속인이 2015. 6. 30.부터 주민센터에서 정부 3.0 안심상속 원스톱서비스신청을 통하여 망인의 금융재산, 토지소유내역, 자동차소유내역, 세금, 연금가입여부 등 상속재산조회가 가능한바 상속재산파산신청시 이러한 조회결과를 제출케 한다면 법인파산에서와 같은 우려는 상당수 해소되지 않을까 생각된다. 한편 상속재산 파악과 관련하여 법원이 직권으로 민사집행법상 재산조회제도를 활용하자는 의견으로 임영수, 전계논문, 27 참조

121) 최준규, 전계논문(각주15), 195

122) 김주미, 전계논문, 351-352. 동 견해는 이러한 소제기가 가능하고 상속인이 이에 대하여 일일이 대응하며 소송비용까지 부담해야 한다면 상속인이 상속재산파산제도를 별도로 이용할 실익이 크지 않고, 상속채권자 또한 상속인의 고유재산에 대한 집행가능성이 없다는 점을 들어 책임유보부 판결을 선고받는다 하더라도 특별한 실익이 없다고 주장한다.

123) 최준규, 전계논문(각주15), 196은 이러한 입장에서 전부승소한 상속채권자에게 소송비용을 부담시키는 방법을 제안한다. 이는 대법원 2018. 10. 18. 선고 2015다232316 전원합의체 판결에서 다수의견이 소멸시효 연장을 위한 후소의 형태로서 새로운 방식의 확인소송을 제안하면서 소송비용을 채권자가 부담하도록 실무를 운용하여야 한다고 밝힌 것과 맥을 같이 하는 것이다.

2. 국고가지급제도(법 제304조)와 소송구조제도의 활용 가능성

현재 개인파산신청시 법원이 신청서와 파산선고 요건을 검토한 후 파산관재인 선임이 필요하다고 판단한 경우 이를 위한 비용의 예납명령을 하고 있는바¹²⁴⁾, 이에 대하여 경제적으로 비용의 예납이 어려운 채무자의 보호를 위하여 가지급제도를 보다 적극적으로 운용하여야 한다는 견해가 있다¹²⁵⁾. 이 부분에 대하여 실무는 구 법과 달리 가지급 여부가 임의적으로 개정된 점, 파산절차비용은 파산재단에서 부담하는 것이 원칙이며 가지급한 비용의 회수 가능성이 없는 점 등을 이유로 동 제도를 개인파산절차에서 거의 활용하지 않고 있다고 한다¹²⁶⁾. 앞으로 활성화가 필요한 부분이다.

한편 소송구조제도를 확대함으로써 이를 해결하는 것도 생각해 볼 수 있다. 현재 시행중인 소송구조제도의 운영에 관한 예규(재일 2002-2)¹²⁷⁾에 따르면, 개인파산·면책 사건에서 법원은 일정한 경우¹²⁸⁾ 신청이나 직권으로 변호사비용 및 송달료에 대하여 소송구조를 할 수 있다¹²⁹⁾. 한편 종전에는 파산관재인 선임비용은 소송구조의 범위에 포함되지 아니하였으나, 개인파산을 신청한 채무자에게 경제적 갱생의 기회를 실질적으로 보장하기 위하여 2017. 10. 17. 예규 개정시 파산관재인 보수를 지원할

124) 현재 원칙적으로 30만 원의 예납명령을 하되 조사업무의 예상 난이도 등을 고려하여 예납금을 가감하고 있다고 한다. 개인파산·회생실무(제4판), 43

125) 최준규, 전개논문(각주15), 195; 전병서, 전개서, 56.

126) 개인파산·회생실무(제4판), 44

127) 개정 2018. 11. 23. [재판예규 제1706호, 시행 2019. 1. 1.]

128) 「국민기초생활 보장법」에 따른 수급자나, 「국민기초생활 보장법」에서 정한 기준 중위소득의 100분의 60 이하 소득자임을 소명하는 자, 「한부모가족지원법」에 따른 지원대상자, 60세 이상인 자, 「장애인복지법」에 따른 장애인, 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」 및 「보훈보상대상자 지원에 관한 법률」에 따른 상이등급 판정자, 「고엽제후유의증 등 환자지원 및 단체설립에 관한 법률」에 따른 장애등급 판정자, 「5·18민주유공자 예우에 관한 법률」에 따른 장해등급 판정자가 이에 해당한다.

129) 제22조 제①항, 이에 의하면 인지대는 소송구조의 범위에서 명시적으로 제외되어 있다. 종전에도 절차의 남용으로 기각할 사안이 아니라면 개인파산신청자는 모두 소송구조의 대상이 되었다고 한다. 개인파산·회생실무(제4판), 45.

수 있는 근거가 마련되었다. 따라서 이제는 직권으로 파산관재인 선임을 위한 비용에 관하여도 소송구조를 할 수 있다¹³⁰⁾¹³¹⁾. 다만 어느 경우든 예산상의 지원이 수반되어야 한다는 한계가 있다.

3. 관련문제 - 상속인의 부존재시 국가귀속절차의 정비

앞의 논의는 상속재산파산신청이 이루어진 것을 전제한 것인데, 상속인들이 모두 상속을 포기하였거나, 애당초 상속인이 존재하지 않는 경우 종국적으로 상속재산은 국가에 귀속될 수 밖에 없어(민법 제1058조) 이 절차를 정비할 필요가 있다.

실무상 상속재산의 국가귀속 문제는 주로 지방자치단체에서 독거노인들이 고독사하는 경우 이들이 남긴 상속재산의 처리와 관련하여 문제된다. 그런데 상속재산관리인을 선임하려고 해도 민법상 청구권자가 한정(제1053조 제①항)되어 있기 때문에 해당 지자체에서는 관할 검찰청에 의뢰하여 동 절차를 진행하고 있어 신청절차가 번거롭고 지연이 불가피하다.¹³²⁾ 또한 선임신청이 이루어지더라도 법원이 통상 300만 원 정도¹³³⁾인 관리인 보수비용의 예납을 요구하거나, 무상으로 활동하여 줄 수 있는 지자체 담당자나 시설의 사회복지사를 관리인으로 추천하여 줄 것을 요구하기도 한다¹³⁴⁾. 그런데 전자의 경우는 비용이 부담되는 측면이 있고, 후자의 경우 관리인 선임 후 상속재산의 국고귀속까지는 2년 가량의 장기간이 소요¹³⁵⁾되고 업무처리과정 또한 상당한 법률적인 지식과 경험이

130) 제22조 제②항.

131) 파산관재인 선임비용은 30만 원을 상한으로 하고, 파산관재인 보수결정시 지급한다(제26조 제①항)

132) 서울시복지재단, 무연고자 사망시 상속재산처리절차 안내서, 2017-13, 36에 의하면, 2012년 기준 검사에 의한 상속재산관리인청구 건수는 2건에 불과하다고 한다.

133) 서울시복지재단, 전게서, 46,

134) 서울시복지재단, 전게서, 8, 46, 48

135) 서울시복지재단, 전게서, 102는, 이 기간 동안 상속인을 찾는 절차를 진행함과 동시에 상속재산관리인으로 하여금 상속재산을 청산하도록 하는 것으로, 만일 상속재산이 적다는 이유로

요구되기 때문에 동 업무를 비전문가가 수행하기에는 한계가 있다.

따라서 이러한 문제점을 해결하기 위하여 ① 민법 제1053조 제①항을 개정하여 청구권자에 지방자치단체의 장을 추가하고, ② 저렴한 비용으로 변호사의 도움을 받을 수 있는 방안을 모색할 필요가 있다¹³⁶⁾. 이와 관련하여 각 지방자치단체가 전국적인 조직을 갖추고 있는 대한법률구조공단과 협약을 맺고 법원이 요구하는 관리인 보수비용보다 더 저렴한 비용을 지원하여 공단 소속변호사나 공익법무관들을 활용하는 방안도 생각해 볼 수 있을 것이다.

제 3 절 상속재산파산제도의 활용 확대

1. 신청원인의 완화

채무초과로 제한하는 것이 입법정책적인 문제라면 이는 결국 우리의 상속재산 청산제도 가운데 상속재산파산제도를 어디에 위치시킬 것인가에 대한 고민과 연결되는 것이다. 상속재산파산제도를 활성화하기 위해서는 지급불능을 추가할 필요가 있음을 이미 언급한 바 있다(Ⅲ. 2. 나. 참조).

2. 신청기간의 확대

현재 상속재산파산의 신청기간은 한정승인과 재산분리와의 정합성을 고

상속재산에 대한 청산절차를 없애거나 채권신고 기간을 줄이는 경우 채권자들의 권익을 해할 수 있으며, 상속인을 찾는 절차를 없애거나 그 기간을 줄이는 경우 잠재적 상속인들의 권익을 해할 수 있어 절차를 간소화시키는 것이 바람직한 것은 아니라고 한다.

136) 서울시복지재단, 전거서, 104는 성년후견인제도에 있어서의 공공후견인제도처럼 공공상속재산관리인제도를 도입하거나 대한변호사협회와 연계하여 상속재산관리인에 지원할 경우 변호사의 공익활동을 인정하여 주는 방안을 제시한다. 그러나 후자의 경우는 현실적으로 관리인의 활동기간이 너무 길고 업무의 내용이 단순하지 않아서 실효성이 있을지 의문이다.

려하여 원칙적으로 민법 제1045조에 의하여 재산의 분리를 청구할 수 있는 기간에 한하여 그 신청이 가능하도록 규정하고 있음은 앞에서 밝힌 바와 같다(법 제300조 전문). 그런데 특별한정승인을 인정하면서도 파산 선고시 동일한 효력이 인정되고 나아가 더 충실한 청산절차를 두고 있는 상속재산파산신청을 굳이 불가능하다고 보는 것은 불합리하다는 점에서 특별한정승인 기간 또한 “민법 제1045조에 의하여 재산의 분리를 청구할 수 있는 기간”에 포함된다고 해석함이 타당한바 이를 명시할 필요가 있다¹³⁷⁾. 나아가 장기적으로 상속재산파산제도를 활성화하려면 이러한 기간 제한을 탈피하여 신청기간을 완화할 필요가 있다. 독일의 경우 상속채권자는 상속인의 승인으로부터 2년 내에 신청이 필요하고 상속인에게는 신청기간의 제한 자체가 존재하지 않는 점도 참작할 필요가 있다¹³⁸⁾.

3. 상속인의 신청의무 강제방안 마련 필요

일본의 경우 우리 법 제299조 제②항과 같이 상속인 등의 파산신청의무를 규정한 조항이 파산법 개정시 삭제되었다¹³⁹⁾. 우리의 경우에도 이를 삭제하자는 견해가 있다¹⁴⁰⁾. 그러나 상속재산파산제도를 활성화하기 위

137) 물론 이는 상속재산청산절차가 상속재산파산제도로 일원화되는 과정에서 잠정적으로 필요한 논의이다.

138) 최준규, 전제논문(각주15), 198은 신청기간으로, 상속인의 경우 상속재산과 상속인의 고유재산이 혼합되기 전까지, 상속채권자와 상속인의 채권자에 대하여는 상속인이 안 날로부터 3개월까지 또는 상속재산과 상속인의 고유재산이 혼합되기 전까지를 제시한다; 한편 일본의 논의이긴 하나 ① 3개월 내에 상속재산파산신청이라는 중대한 결정을 내리는 것이 용이하지 않은 점, ② 재산의 혼동이 3개월 내에도 발생할 수 있는 점 등을 이유로 입법론으로 더 긴 기간(1년)을 부여할 필요가 있다는 견해로 山本和彦, 전제논문, 534

139) 구 파산법에서 우리와 동일하게 상속인 등의 파산신청의무를 규정하고 있었으나, 상속재산의 파산사건에서는 자산·부채의 규모가 크지 않고 권리관계도 복잡하지 않은 것이 일반적이어서 반드시 파산절차를 진행할 필요성이 크지 않고 한정승인, 재산분리 등 민법상 절차를 통해서도 이해관계인의 이익보호가 충분한 경우도 많이 있으며 또한 상속채권자와 수유자에게 신청권이 인정되고 있기 때문에 상속재산파산절차에 따라 엄격한 청산을 원하는 상속채권자는 이를 행사하면 족하다는 점 등을 이유로 삭제되었다. 이에 대한 내용은 伊藤 眞 外 5, 전게서, 1484 참조

140) 우리도 입법론으로 동 조항을 삭제하여야 한다는 견해로는 전병서, 전게서, 52; 파산신청의 의무가 아닌 선택으로 하는 것이 더 바람직하다는 견해로 송효진, 전제논문, 327

해서는 법 제299조 제②항이 사문화되어서는 안된다¹⁴¹⁾. 위 규정이 존치되는 데에서 나아가 동 의무의 이행을 강제하기 위하여 위반시 그에 대한 벌칙규정을 신설하거나¹⁴²⁾, 독일 파산법과 같이 의무해태를 이유로 한 손해배상책임을 명문화할 필요가 있다¹⁴³⁾.

제 4 절 상속재산청산절차의 도입

상속재산이 채무초과나 지급불능에 해당하지 아니하더라도 대상판결과 같이 상속재산의 규모가 크고 다수 채권자가 관여되어 공정한 상속재산의 분배가 요구되는 경우에도 상속채권자에 대한 보호의 필요성이 인정되므로 이를 위하여 독일의 상속재산관리절차와 유사한 상속재산청산절차를 추가로 도입할 필요가 있다. 이를 통해 상속재산에 대한 공정하고 합리적인 분배가 요구되는 사안에서 예외없이 상속채권자가 상속재산으로부터 상속인의 채권자보다 우선적 지위를 인정받는 형태의 완결된 제도를 구현하는 것이 바람직할 것이다¹⁴⁴⁾.

신청요건과 관련하여 신청권자로는 상속인과 상속채권자를 생각해 볼 수 있다. 상속인의 경우 신청원인에 제한은 없으나 공동상속인 경우 청산절차가 개시되면 관리·처분권이 관리인에게 이전되는바 이는 공유물의 처분에 해당하므로 상속인 전원의 동의를 필요로 한다¹⁴⁵⁾. 한편 협의에 의

141) 상속재산의 청산이 상속재산파산절차로 일원화되어야 한다는 입장에서 한정승인을 한 상속인 등에게 파산신청의무를 부과하는 법 제299조 제②항을 유지하는 것이 타당하다는 견해로, 최준규, 전게논문(각주15), 185

142) 김주미, 전게논문, 313 참조

143) 민법상 한정승인과 재산분리에 있어 부당변제에 대한 손해배상책임이 인정되는 점을 감안할 때 충분히 가능한 주장이라 생각된다.

144) 이와 관련하여 입법론으로 한정승인제도와 재산분리제도를 통합하여 제3자(청산인)가 주도하는 평시 상속재산 청산절차를 마련하는 것이 타당하다는 견해로, 최준규, 전게논문(각주15), 186 이하 참조.

145) 최준규, 전게논문(각주15), 186. 동 견해에 따르면 다만 이 경우에도 (i) 공동상속인 중 1인

한 상속재산분할이 있는 경우 이는 민법 제1026조 제1호 사유에 해당하여 단순승인으로 간주되므로¹⁴⁶⁾ 더 이상 신청할 수 없다고 할 것이나, 재판에 의한 분할¹⁴⁷⁾은 이에 해당하지 아니하므로 신청이 가능할 것이다. 다만 상속재산청산의 신청이 있는 경우 상속재산에 대한 관리·처분권이 관리인에게 전속하므로 상속재산청산절차를 상속재산분할과 병행하여 진행할 수 없고, 양자의 관할이 가정법원과 회생법원으로 상이한데 후자가 도산전문법원인 점, 상속재산청산절차에 신청기간의 제한이 있는 점을 감안하면 먼저 상속재산청산절차를 밟도록 함이 타당하다¹⁴⁸⁾. 한편 상속채권자의 신청은 상속인의 채무초과라는 제한적 요건 하에 허용할 수 있을 것인데¹⁴⁹⁾, 상속인에 대하여 파산선고가 있는 경우에는 동 요건을 구비한 것으로 볼 수 있다¹⁵⁰⁾. 신청기간은 앞에서 언급한 상속재산과 산제도에 준하여 정하면 될 것이고, 상속재산청산신청시 관할을 회생법원의 관할로 일원화할 필요가 있음은 앞에서 밝힌바와 같다. 청산절차가 개시되면 관리·처분권이 관리인에게 전속되고, 상속인의 처분행위는 관리인에게 대항하지 못한다. 관리인은 상속재산청산 중에도 파산원인이 인정되면 상속재산파산을 신청해야 할 것이다¹⁵¹⁾. 그 외에 상속재산의 관리 및 청산절차에 대하여는 상속재산파산제도에 준하여 생각할 수 있

에 대하여 파산선고가 있는 경우, (ii) 상속재산 전체로는 채무초과 상태가 아니더라도 특정 상속인에 대하여만 소극재산이 적극재산을 초과하는 경우 그 상속인의 단독신청권을 인정할 필요가 있다고 한다.

146) 대판 1983. 6. 28. 선고 82도2421 판결

147) 이는 마류 가사비송사건으로 그 재판은 가정법원의 전속관할이다. 가사소송법 제2조 제①항 2.나.10)참조

148) 이를 지적하는 견해로 최준규, 전제논문(각주15), 186

149) 최준규, 전제논문(각주15), 186은 그 이유에 대하여 상속재산에 대한 상속인의 처분권을 상속채권자가 합리적 이유 없이 박탈할 수 없기 때문이라고 한다. 다만 독일의 상속재산관리제도의 경우에는 상속인의 행동이나 재산상태로 인하여 상속재산으로부터 상속채권의 만족을 얻는 것이 위험한 경우 신청할 수 있고, 스위스의 경우에도 민법에 의한 청산시 상속채권자는 자신의 채권이 변제되지 못할 위험이 있다는 것을 증명하면 신청이 가능하여 보다 완화되어 있다. 최준규, 전제논문(각주15), 136-137 및 161 참조

150) 최준규, 전제논문(각주15), 186 각주 248)은 이 경우 상속인이 상속을 단순승인하거나 포기 하더라도 상속재산 청산신청을 한 것으로 봄이 타당하다고 한다.

151) 이 경우 상속재산파산의 신청기간이 너무 짧으면 그 기간이 도과되는 문제가 발생할 수 있다.

을 것이다.

제 5 절 상속재산파산제도의 정비

1. 흩어져 있는 상속재산파산 관련 조항의 정비

현재 상속재산파산과 관련된 규정이 도처에 흩어져 있어 내용을 파악하기가 용이하지 않아 상속재산파산 관련 조항을 별도의 장으로 묶어 체계적으로 이를 규율할 필요가 있다. 우리와 거의 동일한 내용을 규정하고 있던 일본의 구파산법이 2004년 전면개정을 통하여 흩어져 있는 상속재산파산 관련 조항들을 한 개의 장(제10장)로 묶고 상속재산의 파산(제1절), 상속인의 파산(제2절), 수유자의 파산(제3절)으로 나누어 규정하고 있는 점¹⁵²⁾을 참고할 필요가 있다¹⁵³⁾.

2. 한정승인간주조항(법 제389조 제③항)의 신설에 따른 규정의 정비

상속재산에 대하여 파산선고가 있는 때에는 상속인이 한정승인한 것으로 간주하는 법 제389조 제③항이 신설되어 상속채권자와 수유자가 상속인의 고유재산에 대하여 권리를 행사할 수 있는 경우는 예외적인 것이 되었음에도 불구하고 마치 이것이 원칙인 모습인 것처럼 이를 전제로 규정하고 있는 법 제435조 및 제445조가 수정되어야 한다는 점에 대하여는 이미 앞에서 언급한 바 있다¹⁵⁴⁾. 또한 그 연장선상에서 상속재산에 대한

152) 자세한 내용은 伊藤 眞 外 5, 전거서, 1471 이하 참조;

153) 최준규, 전게논문(각주15), 139 각주 55); 양형우, 전게논문, 482; 전병서, 전게논문, 120; 전병서, 전거서, 37

154) 이 조항들은 구파산법 제26, 27조와 동일하고, 우리와 달리 파산선고에 한정승인 간주효과 인정되지 않는 일본의 개정 파산법 제231조 및 제240조 제④항과도 동일한 내용으로 법 제정 당시 한정승인간주조항을 삽입하면서도 이를 반영하지 못한 결과인 것으로 보인다; 최준규, 전게논문(각주15), 127 각주 13)

파산선고가 있음에도 상속채권자와 수유자가 상속인의 고유재산에 대하여 파산채권자로서 그 권리를 행사할 수 있음을 전제로 법 제436조 전문에 규정된 “제435조” 부분 또한 삭제되어야 할 것이다.

3. 파산신청 후 선고 전 상속시 속행규정(법 제309조)의 정비

앞에서 지적한 바와 같이 현재 실무가 법규정과 달리 상속인들에게 속행여부에 대한 선택권을 주는 방향으로 운용되고 있는데 이는 구체적인 타당성에도 불구하고 법해석의 한계를 벗어났다는 비판이 가능하므로 개정된 일본 파산법과 같이 신청이 있는 경우에 한하여 속행하는 것으로 이를 명시할 필요가 있다¹⁵⁵⁾.

4. 상속재산의 일탈을 막기 위한 보전처분과 부인권의 정비

(i) 법 제323조의 ‘채무자’에 상속인이 포함됨을 명시하여 상속재산파산제도에도 위 규정이 적용됨을 명확히 하고, (ii) 실무상 인정되고 있음에도 회생절차와 개인회생절차와 달리 아직 파산절차에서 명문으로 인정되고 있지 아니한 개별적 중지명령제도와 포괄적 금지명령제도 또한 입법화할 필요가 있다¹⁵⁶⁾¹⁵⁷⁾. (iii) 그리고 준용되는 부인권의 범위를 열거하고 있는 법 제400조에 관하여 발생할 수 있는 오해를 막기 위하여 위 조항에

155) 양형우, 전게논문, 461

156) 양형우, 전게논문, 460, 참고로 일본은 2004년 파산법 개정시 개별적 중지명령제도를 이미 도입하였다(제24조 제①항).

157) 나아가 법원의 별도의 명령 없이도 상속재산파산신청에 의하여 자동적으로 채권자의 개별적 권리행사가 금지되는 일명 자동중지(Automatic stay)조항의 도입을 검토할 필요가 있다. 전병서, 전게서, 60-61에 의하면 채무자회생및파산에관한법률 제정 당시 이 조항의 도입여부가 검토되었으나 남용될 우려가 있고 우리 법현실에 비추어 너무 급격한 개혁이라는 등의 이유로 결국 채택되지 못하였고, 파산절차는 아니지만 회생절차에서 2011. 11.과 2012. 9. 두 차례 자동중지조항의 도입을 내용으로 하는 채무자회생및파산에관한법률 개정안에 국회에 제출된바 있지만 법률로 성립되지는 못하였다고 한다.

; 아예 상속개시 후 상속인이 선택권을 행사할 수 있는 기간 동안 ① 상속채권자의 상속인에 대한 집행권원 취득 제한과 ② 상속인의 채권자의 상속재산에 대한 강제집행 제한 조항을 마련하는 것이 타당하다는 견해로 최준규, 전게논문(각주15), 200-203

서 부인권에 대한 모든 규정을 준용하도록 개정할 필요가 있다¹⁵⁸⁾).

제 5 장 결론

필자는 본 논문을 통하여 현재 상속재산을 둘러싼 이해관계를 조정하는 과정에서 현 제도가 상속채권자의 보호에 불충분함을 지적하고 입법론으로 한정승인제도와 재산분리제도를 폐지하고 상속재산파산제도로 일원화하여 이를 중심으로 상속재산을 둘러싼 법률관계를 처리할 것을 제안하였다.

그 구체적인 방안으로 ① 동시폐지의 활성화와 국고가지급제도, 소송구조제도의 활용을 통하여 간이한 청산절차 수요를 흡수하는 것, ② 상속재산파산제도가 널리 이용될 수 있도록 그 신청원인을 완화하고 신청기간을 확대하며 상속인의 신청의무를 강제하는 것, ③ 독일의 상속재산관리제도와 유사한 상속재산청산절차를 도입하여 상속재산파산의 요건에 해당하지 아니함에도 공정한 상속재산의 분배가 요구되는 사안에서 상속채권자가 상속재산으로부터 상속인의 채권자에 대하여 우선적 지위를 인정받는 완결된 제도를 구현할 필요가 있다는 것, ④ 마지막으로 현재 상

158) 일본 파산법 또한 개정을 통하여 부인권에 관한 제6장 제2절 전체를 상속재산파산에 준용하는 것으로 변경한바 있다. 구 파산법 제80조는, 부인권에 관한 조항 중 부인의 일반적 요건을 규정한 동법 제80조, 어음지불의 특칙을 규정한 동법 제73조, 부인권 행사시 상대방의 지위에 관한 동법 제78조, 상대방 채권의 부활에 대한 동법 제79조만을 피상속인이나 상속인 등의 상속재산에 관한 행위에 준용하고 있었다. 그러나 대항요건 부인이나 집행행위의 부인의 준용을 부정할 이유가 없다는 지적이 있었고 이에 개정 파산법 제234조는 상속재산에 대하여 파산선고가 있는 경우 부인권에 관하여 규정하고 있는 동법 제6장 제2절의 적용에 있어서 피상속인, 상속인, 상속재산관리인 또는 유언집행자가 상속재산에 대하여 한 행위를 파산자의 행위로 간주함으로써 부인권에 관한 규정 전부가 적용되는 것으로 정하였다. 伊藤 眞 外 5, 전게서, 1508-1509; 우리의 경우 이러한 입법론을 제안하는 견해로는 전병서, 전게서, 265; 양형우, 전게논문, 471

속재산파산제도와 관련하여 (i) 흩어져 있는 관련조항을 묶고, (ii) 신설된 한정승인간주조항이 제대로 반영되지 않은 법 제435, 445, 436조 및 (iii) 파산신청 후 선고 전 상속시 속행을 규정한 법 제309조, 그리고 (iv) 상속재산의 일탈을 막기 위한 보전처분과 부인권과 관련하여 정비가 필요하다는 것을 언급하였다.

1962년 파산법 제정시 도입된 이래 50년이 넘는 기간 사문화되어있던 상속재산파산제도가 회생법원의 개원 이후에 조금씩 빛을 보고 있다. 이 제도가 잘 보완되고 활용되어 상속재산에 대한 상속채권자의 정당한 기대가 보호되는데 기여하길 바라며 여기에 부족한 이 논문이 작은 디딤돌이 되길 바란다.

참 고 문 헌

[단 행 본]

- 법원행정처, 법원실무제요 가사(Ⅱ), 2010
- 서울시복지재단, 무연고자 사망시 상속재산처리절차 안내서, 2017-13
- 서울중앙지방법원 파산부실무연구회, 개인파산·회생실무(제4판), 박영사, 2014
- 서울중앙지방법원 파산부실무연구회, 법인파산실무(제4판), 박영사, 2014
- 윤진수, 친족상속법강의, 박영사, 2016
- 전병서, 도산법(제3판), 문우사, 2016
- 지원림, 민법강의(제9판), 홍문사, 2011
- 伊藤 眞 外 5, 條解破産法(第2版), 弘文堂, 2016

[논 문]

- 곽규은, “한정승인한 상속재산의 배당시 상속채권의 순위”, 동북아법연구 제10권 제3호 (2017. 1.)
- 김건호, “한정승인과 민사집행절차”, 법학연구(연세대학교 법학연구원), 제27권 제4호(2017. 12.)
- 김경욱, “파산신청의 원인으로서의 채무초과”, 민사집행법연구(2010. 6.)
- 김미경, “프랑스민법상 상속의 승인과 포기”, 민사법학(59), 한국민사법학회(2012. 6.)
- 김미경, “한정승인에 있어 한정승인자의 상속재산 처분과 상속채권자 보호”, 법학연구, 제27 권 제1호(2016. 6.)
- 김주미, “상속재산파산의 실무상 쟁점 연구 - 파산재단과 자유재산, 상속비용과 재단채권, 민사소송과의 관계 등을 중심으로 -”, 법조, 법조협회, 제68권 제1호(2019. 2.)
- 김형석, “우리 상속법의 비교법적 위치”, 가족법연구 제23권 제2호

- 김형석, “한정승인의 효과로서 발생하는 재산분리의 의미”, 가족법연구 제22권 제3호
- 로앤비 온주 채무자회생및파산에관한법률
- 박세민, “한정승인자의 상속재산의 지위”, 법학논고, 경북대학교 법학연구원, 제60집(2017. 11.)
- 송효진, “상속의 승인과 포기에 관한 연구”, 이대 법학연구소 법학논집 14권 1호(2009)
- 양형우, “상속재산의 파산에 관한 고찰”, 비교사법 제13권 제1호(2006. 3.)
- 윤진수, “상속채무를 뒤늦게 발견한 상속인의 보호” 서울대학교 법학, 제38권 3·4호(1997)
- 이성보, “상속재산의 분리”, 상속법의 제문제[재판자료 제78집], 법원도서관(1998)
- 임영수, “한정승인의 심판절차와 상속채무의 배당변제에 관한 고찰”, 가족법연구 제25권 3호
- 전병서, “상속과 파산-입법적 검토를 겸하여-”, 인권과 정의(2003. 10.)
- 최준규, “한정승인 제도의 문제점과 입법론”, 법률신문(2019. 4. 8.)
- 최준규, “한정승인, 재산분리, 상속재산의 파산에 관한 입법론 - 비교법의 관점에서 -”, 서울 대학교 법학, 제60권 2호
- 中島弘雅, 相續財産破産をめぐる近時の問題, 法學雜誌, 45卷 3·4号(1999)
- 石川明, 相續財産の破産能力, 判例タイムズ, 50(19)通号, 1004号
- 山本和彦, 相續財産破産に関する立法論的検討, 法學雜誌, 45卷3·4号(1999)
- 我妻 學, 債務者の死亡と倒産處理手續, 東京都立大學法學會雜誌, 42卷 1号(2001. 7.)

한정승인 재산분리와 상속재산파산의 비교표

		한정승인	재산분리	상속재산파산
요건	신청권자	상속인(민법§1019, 1029)	상속채권자나 유증받은 자 또는 상속인의 채권자(민법§1045)	상속채권자, 유증받은 자, 상속인, 상속재산관리인 및 유언집행자(§299①)
	신청요건	채무초과 불요(민법§1019 ①). 다만 예외(민법 §1019③)	해석상 분리의 필요가 있는 때	채무초과 요(§307)
	신청기간	원칙-상속개시있음을 안 날로부터 3월(민법§1019 ①전문) 예외-상속채무가 상속재산을 초과하는 사실을 안 날부터 3월(민법§1019③) 기간계산에 관한 특칙(민법§1020, 1021)	원칙-상속개시된 날로부터 3월(민법§1045①) 예외-상속인이 상속의 승인이거나 포기를 하지 아니한 동안은 전항의 기간경과 후에도 가능(동법 §1045②)	원칙-민법§1045에 의하여 재산의 분리를 청구할 수 있는 기간에 한하여 가능 (§300 전문), 예외-그 사이에 한정승인 또는 재산분리가 있을 때에는 상속채권자 및 유증을 받은 자에 대한 변제가 아직 종료하지 아니한 동안 가능(§300 후문).
	관할	상속개시지 가정법원(가	상속개시지 가정법원(가	상속개시지 회생법원(§3⑥)

		사소송법 §44①제6호)	사소송법 §44①제6호)	
효과	일반	상속재산의 범위에서 상속채무에 대한 책임을 부담(민법§1028).	상속채권자 등은 상속재산으로부터, 상속인의 채권자는 상속인의 고유재산으로부터 각 우선변제를 받을 권리 발생(민법 §1052).	파산재단(§389①) 강제집행 및 보전처분에 대한 효력(§348) 중단 및 수계(§347) 파산선고시 한정승인간주(§389③본문)상속인의 채권자 권리행사 제한(§438).
	혼동의 예외	민법§1031	민법§1050	§389② 및 §437
관리 및 청산	관리인 선임	민법§1040	민법§1047	법 제384조
	주의의무의 내용	민법§1022 §1031 고유재산과 동일한 주의	민법§1048 고유재산과 동일한 주의	§361① 선량한 관리자의 주의
	상속인의 처분행위의 효력	유효	무효이나 부동산은 등기해야 대항 가능(민법 §1049)	파산관재인에게 대항 불가
	채권자에 대한 공고최고	민법§1032	민법§1046, 1032	파산채권자는 개별적 권리행사가 금지되고 파산법원이 정한 일정기간 내에 자신의 채권을 신고한 뒤 채권조사기일에서

최고기간 중 변제거절	민법§1033	민법§1051①	의 조사를 거쳐 확정된 액 및 순위에 따라 배당을 받아야 함
변제의 순서	민법§1034	민법§1051②	우선권 있는 파산채권(§441) 동일순위자에 대한 평등변제(§440)
변제기전 의 채무 등의 변 제	민법§1035	민법§1051③, 1035	기한부채권의 변제기 도래(§425), 비금전채권 등의 파산채권액(§426) 조건부채권 등의 파산채권액(§427).
수유자의 지위	민법§1036	민법§1051③, 1036	§443
매각	민사집행법에 따른 경매 (민법§1037)	민법§1051③, 1037	민사집행법의 환가방법에 따르나 법원의 허가를 받아 임의매각이 가능(§496)
부당변제 등 으 로 인한 책 임	변제의 효력은 유효하나 손해배상책임 부담(민법 §1038)	민법§1051③, 1038	선관주의의무위반에 대한 손해배상책임 (§361②)
기타	잔여재산에 의한 변제(민	고유재산으로부터의 변제	잔여재산에 의한 변제(§537)

		법§1039)	(민법§1052)	
상속재 산파산 의 특유한 제도들	파산재단 의 보호		민사집행법§300	파산선고 전 상속재산 처분시 반대급부 에 대한 권리의 파산재단 귀속(§390①) 기지급받은 반대급부의 반환의무(§390②) 채무자 소유 개개의 재산 및 모든 재산 에 관한 가압류·가처분(§323) 개별적 중지명령제도와 포괄적 금지명령 제도 부인권(§400 ~ 402) 사기파산죄(§650, §652 후문) 과태파산죄(§651, §652 후문) 구인(§320) 불응에 대한 제재(§653), 설명의무 불이행에 대한 제재(§658)
				파산신청 또는 선고 후 상속과 파산절차 의 속행(§308)
				상속재산 및 상속인의 파산(§435, 445) 상속인의 파산(§434, 444. 385, 386)
절차간의 관계				§346, 503, 504

Abstract

Coordination of interests over inherited property

- Focused on the bankruptcy procedure of
inherited property -

Youn, Sungmook
Department of Law
The Graduate School
Seoul National University

In this paper, I point out that the current system is not fully capable of protecting inheritance creditors when coordinating the interests surrounding inheritance.

In addition, I propose, through legislative suggestion, the abolishment of the heir's qualified acceptance of succession and the separation of inherited property, and instead settle inheritance property by incorporating them to the procedure on filing for bankruptcy.

Specific measures for this are as follows.

First, we need to absorb the demand for simple liquidation procedures through the activation of the declaration of bankruptcy and the simultaneous discontinuation of bankruptcy, with the use of

provisional payment of expenses for bankruptcy procedures and assistance with court costs.

Second, alleviate the reasons of application, extend the application period, and enforce the obligation of the heir to apply for it so that the bankruptcy procedure of inherited property can be widely used.

Third, introduce procedures for the liquidation of inheritance similar to the administration procedure of the estate in Germany. In doing so, it is necessary to implement a complete system in which the inheritance creditors are granted priority status over the heir's creditors when it comes to inherited property in an issue that requires fair distribution of inherited assets, even though the application does not initially meet the requirements for bankruptcy of inherited property.

Fourth, in relation to the current bankruptcy procedure of inherited property,

(i) tie scattered related clauses; (ii) arrange Article 435, 445 and 436 in accordance with Article 389, clause (3); (iii) amend the provisions of Article 309 that prescribe continuation at the time of inheritance prior to the sentencing of bankruptcy to be in accordance with reality; and (iv) improve the system of preservation and the right of denial to prevent the deviation of inherited property.

Keywords : bankruptcy procedure of inherited property, procedures for liquidation of inheritance, heir's qualified acceptance of succession, separation of inherited property, protection of inheritance creditors

Student Number : 2016-22710